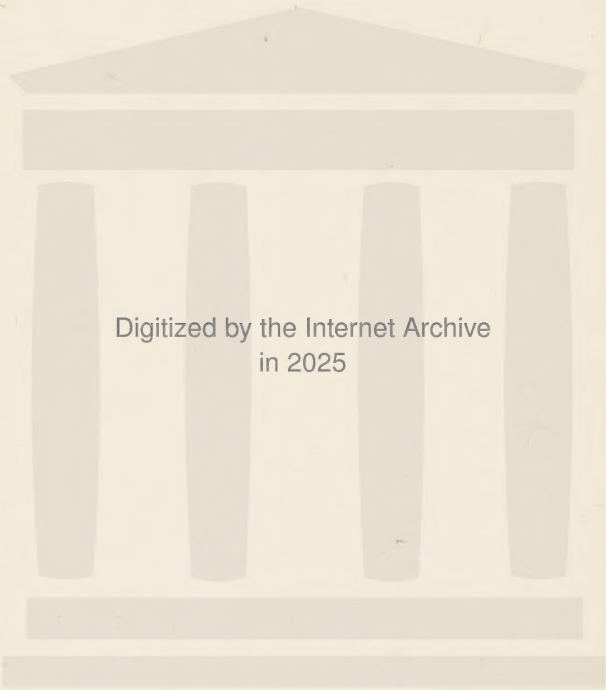
Digitized by the Internet Archive
in 2025

https://archive.org/details/lemariageendroit0002aesm_s3a2

LE MARIAGE

EN

DROIT CANONIQUE

OUVRAGES DU MÊME AUTEUR

Histoire de la Procédure criminelle en France, et spécialement de la procédure inquisitoire, depuis le XIIIe siècle jusqu'à nos jours. *Ouvrage couronné par l'Académie des Sciences morales et politiques.* Paris, Larose et Forcel, 1882 . . . . . 10 fr.

Études sur les Contrats dans le très ancien Droit français. Paris, Larose et Forcel, 1883 . . . . . 4 fr.

Mélanges d'Histoire de Droit et de Critique. Droit Romain. Paris, Larose et Forcel, 1886. . . . . 10 fr.

Étude sur la condition privée de la Femme dans le Droit ancien et moderne, et en particulier sur le sénatus-consulte Velléien, par Paul Gide, professeur à la Faculté de Droit de Paris, 2e édition, avec une notice biographique, des additions et des notes, par A. Esmein. Paris, Larose et Forcel, 1885 . . . . . 10 fr.

ANGERS, IMP. BURDIN ET Cie, RUE GARNIER, 4.

ÉTUDES SUR L'HISTOIRE DU DROIT CANONIQUE PRIVÉ

LE MARIAGE

EN

DROIT CANONIQUE

PAR

A. ESMEIN

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS
MAÎTRE DE CONFÉRENCES A L'ÉCOLE PRATIQUE DES HAUTES-ÉTUDES

TOME SECOND

ALMA COLLEGE
348.417
LIBRARY
E-S53
Alma, California

PARIS
L. LAROSE ET FORCEL
Libraires-Éditeurs
22, RUE SOUFFLOT, 22
1891

29653

DEUXIÈME PARTIE

(SUITE)

LE DROIT DU MARIAGE JUSQU'AU CONCILE DE TRENTE

TITRE TROISIÈME

LES EFFETS DU MARIAGE ET LA SÉPARATION DES ÉPOUX. LES SECONDES NOCES. LE CONCUBINAT.

CHAPITRE I

Les effets du mariage.

Section première : *Les effets du mariage quant aux époux.* — I. L'égalité entre les époux ; l'autorité du mari. — II. L'obligation au devoir conjugal. — III. La *vindicatio* et la *restitutio* des époux. — IV. Le vœu de continence ; le vœu simple ; l'entrée en religion.

Section deuxième : *Les effets du mariage quant aux enfants.* — I. La filiation légitime ; la preuve du mariage, de la maternité et de la paternité. — II. Le mariage putatif. — III. La légitimation des enfants naturels.

SECTION PREMIÈRE

Les effets du mariage quant aux époux[1].

Dans les dispositions par lesquelles il règle les effets du mariage quant aux époux, le droit canonique n'a eu en vue que deux choses : 1° établir l'égalité entre les conjoints dans la mesure du possible ; 2° assurer le maintien de la vie commune

1. J'ai indiqué plus haut, tome I, p. 60, que je laisse de côté tout ce qui concerne les rapports quant aux biens.

et l'accomplissement du devoir conjugal. Je me placerai successivement à ces deux points de vue.

I

La maxime *conjuges non ad imparia judicantur*, strictement interprétée, devait conduire à éliminer du droit canonique toute puissance maritale. Celle-ci, en effet, est absolument écartée en ce qui concerne le patrimoine : sur ce point d'ailleurs, le droit romain, auquel se référaient les canonistes, fournissait à lui seul ce résultat. Sauf les restrictions dérivant du régime dotal, la femme pouvait librement accomplir tous actes juridiques et disposer de ses biens sans l'assentiment du mari[1].

Mais, cependant, à certains points de vue, le droit canonique reconnaissait la supériorité du mari sur la femme et en tirait des conséquences. Cela découlait nécessairement de la tradition apostolique et des célèbres paroles de saint Paul[2]. Aussi, bien que beaucoup de docteurs tinssent que, *jure canonico*, la femme n'était point du tout *in potestate viri*, il était plus conforme à la vérité de reconnaître à celui-ci une certaine puissance[3], bien différente d'ailleurs de la *patria potestas*. Voyons les différents effets par lesquels se manifestait cette puissance.

1° Si le consentement du mari n'était pas nécessaire pour la validité des obligations civiles et pécuniaires contractées par

1. Panormit., sur c. II, X, *De furtis*, V, 18 : « Aut uxor ultra dotem habet alia bona, et tunc de eis potest facere eleemosynam, quia de illis maritus non potest se intromittere, contradicente uxore. Aut non habet alia bona ultra dotem, et tunc, contradicente marito, non potest facere eleemosynam, quia dominium rei dotalis pertinet ad maritum, constante matrimonio. »

2. *Ad Ephes.*, V, 22 et suiv., 33.

3. Panormit., sur c. XI, X, *De spons.*, IV, 1, n° 6 : « Jo(hannes) And(reæ) dicit quod... uxor de jure civili omnino non est in potestate mariti sed in officio tantum et pro hoc bonus textus in l. *Uxorem*, C. *De condit. insert.*, ubi dicitur quod uxor est in potestate sui patris et non mariti, nisi quoad debitum. Et quamvis multi sequantur hanc opinionem, ego tamen contrarium concludo in c. illud, *De præsc.*, quia, licet uxor non sit in potestate viri sicut filius est in potestate patris, tamen maritus habet multa jura in persona uxoris... et alibi dicit quod uxor est pene famula viri, ut in c. XIII, XVII, C. XXXIII, qu. 5. »

la femme, il l'était au contraire pour la validité des obligations religieuses, des vœux qu'elle contractait. Le mari pouvait faire tomber le vœu lorsque la femme s'était obligée sans son autorisation; bien plus, il pouvait le révoquer, *revocare*, après l'avoir d'abord autorisé[1]. Cependant certains restreignaient cela aux vœux de la femme qui étaient de nature à scandaliser le mari[2]. Le vœu de continence avait ses règles propres qui seront exposées plus loin.

2° Le mari pouvait poursuivre *criminaliter* l'adultère de la femme ; celle-ci, au contraire, ne pouvait poursuivre l'adultère du mari que *civiliter*, afin d'obtenir le *divortium quoad torum*[3]. C'était là, d'ailleurs, un souvenir du droit romain, qui n'était point en harmonie avec l'esprit du droit canonique.

3° Le mari avait le droit de choisir et de changer le domicile conjugal, et la femme devait l'y suivre[4]. Cependant cette obligation n'était pas absolue; elle comportait certaines restrictions.

Elle disparaissait d'abord lorsque le mari était un pur vagabond ; la femme n'était pas tenue de le suivre dans sa vie errante[5]. Cependant, dans le cas où cet état de vagabondage était connu de la femme lors du mariage, beaucoup soutenaient qu'elle était alors obligée de suivre son mari[6].

1. C. XI, XVI, C. XXXIII, qu. 5.

2. Glose, sur c. XI, C. XXXIII, qu. 5 : v° *Vota* : « Quæ scandalizent virum, ut jacere in camisia vel jejunare cum ipse pranderet. » VIS *Nisi auctor* : « Similiter et de muliere dici potest quod vovere possit, dummodo per illud votum mulieris non fiat viro præjudicium, vel si non oriatur scandalum viro ex illo, ut si vovet jacere in camisia cum illo, vel singulis noctibus ire ad matutinas. Unde de tali voto intelligo istud capitulum; alias tenetur mulier illud adimplere, etiam viro invito, ut si vovet quod daret denarium amore Dei vel aliquid tale. Hoc dicit H(ugutio). »

3. *Dictum* sur c. VI (X), C. XXXII, qu. 1. — Cependant la glose accorde à la femme le droit d'accusation, mais non privilégiée. Cf. c. V, X, *De procur.*, I, 38. — Panormit., sur c. fin., X, *De don. inter vir.*, n° 13 : « Maritus revocat votum uxoris et non e contra; item maritus accusat uxorem de adulterio criminaliter et non e contra. »

4. Panormit., sur c. VI, X, *De spons.*, IV, 1: « Si tamen ex causa se transfert ad alia loca, vel etiam sine causa mutando domicilium, tenetur maritum sequi. »

5. C. I, X, *Qui matr. acc.*, IV, 18; c. VI, X, *De spons.*, IV, 1.

6. Panormit., sur c. I, X, IV, 18 : « In uxore distingue. Aut sciebat ma-

Les docteurs admettaient aussi que, par un pacte adjoint au mariage, un lieu pouvait être fixé où la femme serait seulement tenue de cohabiter avec son mari. Pour justifier cela, ils invoquaient par analogie la liberté que proclamait le droit romain quant aux pactes adjoints à une tradition ; mais ils étaient bien obligés d'admettre que cette convention perdait toute valeur lorsqu'une cause majeure forçait le mari à changer de domicile[1].

Enfin, le mari faisant un long pèlerinage, spécialement une expédition en terre sainte, la femme n'était pas obligée de l'accompagner[2].

Mais, en dehors de ces cas exceptionnels, le droit canonique maintenait fermement l'obligation de la femme. On disait qu'elle devait suivre son mari, même à l'armée, même en prison[3].

4° Le mari pouvait contraindre sa femme à prendre soin de sa personne et de son ménage, en tenant compte, bien entendu, de leur condition sociale[4].

ritum vagabundum quando secum contraxit, puta quia erat juxta locum mariti, et tenetur eum sequi. Aut ignorabat vel ex post facto est factus, et non tenetur maritum sequi. »

1. Panormit., sur c. I, X, IV, 18 : « Sed quæro numquid in contractu matrimonii possit apponi pactum ut uxor non teneatur sequi maritum, sed ut maritus moretur cum uxore et in certo loco? *P.* et *A.* et communiter doctores sequentes tenent quod sic. Nam sicut in traditione rei potest apponi pactum, ita in traditione mulieris ; et hoc verum nisi oriatur nova causa propter quam oporteat maritum se absentare. » — Covarruvias, *Opera I*, p. 182.

2. C. VIII, IX, X, *De voto*, III, 33. Mais l'obligation au devoir conjugal, la crainte que la femme restée seule ne tombât dans l'incontinence, paraissent avoir été prises en considération par l'Église ; Yves de Chartres, *Ep. CCXLV*, p. 433.

3. Glose sur c. III, C. XIII, qu. 2, v° *Sequatur* : « H(ugutio) similiter dicit quod debet ipsum sequi, etiam si mittatur in carcerem, vel si cogatur ire in exercitum. Sed eadem ratione debet ipsum sequi quoties dominus petit a viro, qui est servus, ut serviat. »

4. Panormit., sur c. XIII, X, *De rest. spol.*, II, 13, n° 27 : « Dicit Jo(hannes) An(dreæ) quod præter copulam uxor ad omnia obsequia, puta custodiendo res mariti, lavare pedes et caput, comestionem præparare et his similia ; nihi tamen allegat. Sed tu vide textum in c. XIII et c. XII, C. XXXII qu. 5, ubi dicitur quod uxor est pene famula viri et tenetur ordine naturali sibi servire

Les docteurs se demandaient même si le mari ne pouvait pas exiger que la femme, selon sa condition, se livrât à un travail lucratif dont il aurait le profit. En principe ils l'admettaient, mais déclaraient que cette obligation manquait de toute sanction directe. Elle avait seulement une sanction indirecte, consistant en ce que le mari pouvait refuser des aliments à la femme qui ne travaillait pas, lorsque celle-ci n'avait pas de dot ou que sa dot était insuffisante à subvenir aux besoins du ménage [1].

5° Le mari avait-il le droit de correction sur la femme? Pouvait-il lui infliger des châtiments corporels, la tenir emprisonnée? Les canonistes l'admettaient en principe, et cela était conforme aux mœurs des temps anciens. Ils déclaraient cependant que le mari ne pouvait la frapper que pour un juste motif et légèrement; sinon, il devenait punissable [2]. Le *Registre de Cerisy* rapporte un cas où un voisin entre chez un mari qui

et quod est subjecta viro... In quantum dicit Jo(hannes) An(dreæ) quod tenetur lavare caput et pedes mariti et similia facere, dico hoc procedere inspecta conditione mulieris; quid enim si est ita nobilis ut non deceat eam hæc servilia facere? Certe non erit ad hoc adstricta. »

1. Panormit., sur c. XIII, X, II, 13, n° 27 : « Item quoad operandum dicitur subdita marito, quia cedit lucro mariti... tenetur enim ad operandum secundum conditionem personæ. Et ad hoc adduco questionem an teneatur operari et lucrari uxor marito, et videtur quod sic per textum l. *Sicut patronus*. Sed distinguo juxta ibi notata, quod aut quæritur numquid possit uxor precise compelli ad operandum et dicendum quod non, quia non posset ad hoc precise compelli, præsertim cum consistat in facto, aut quæritur numquid potest compelli causative puta subtrahendo sibi alimenta si non vult operari. Et tunc aut portavit dotem aut non. Hoc ultimo casu potest, nam hoc procedit in filio, cui magis pater est adstrictus quam uxori (ut probatur in l. *Si quis a liberis ff. de lib. agnosc.*). Si vero portavit dotem et est sufficiens ad alimentandum eam, maritum et communes liberos, saltem ubi maritus non habe alia bona, non potest compelli, quia debet ali ex dote; si vero non sufficit, tunc potest compelli modo prædicto. »

2. Panormit., sur c. XXV, X, *De jurej.*, II, 24 : « Debet eam corrigere et in vinculis tenere et castigare. Nota ex glossa quod maritus potest licite ex causa mulierem castigare et invinculare, et tene menti hoc ultimum, quia, c. X, C. XXXIII, qu. 2, per quem se fundat hic glossa, loquitur de uxoribus clericorum, adeo quod glossa ibi dixit illud non extendendum ad uxores laicorum. Sed glossa in c. XXXIX, C. VII, qu. 1, dixit virum posse castigare uxorem suam, sed non debet verberibus afficere, quia aliena esse debent illa ab in-

bat sa femme, pour porter secours à celle-ci : le voisin est condamné et aucune peine n'est prononcée contre le mari[1].

6° C'était une question que de savoir si la femme pouvait témoigner pour ou contre son mari. L'influence de ce dernier était à craindre sur elle. Il est vrai que l'on se posait la même difficulté quant au mari témoignant dans le procès de sa femme .

II

Le mariage étant conçu comme principalement destiné à empêcher la fornication et l'incontinence, l'obligation réciproque des époux au devoir conjugal prit, en droit canonique,

genuis. Gof(redus) et Hos(tiensis) hic dicunt quod illa lex (l. *Consensu*, C. *De rep.*) procedit nisi ex magna causa fiat, ut in exemplo glossæ et nisi verbera sint levia. Illa enim videntur marito ex causa permissa (arg. X, *De homic.*, c. *Ad audientiam*); alias maritus puniretur si sine causa vel enormiter hoc faciat. Concludo ergo quod secundum quantitatem culpæ potest maritus corrigere uxorem ita quod non procedat ad sæva. Illa enim sunt judici relinquenda etiam in servis propriis. »

1. N° 393 *s*, p. 318 : « Item dictus Thomas de Cantilly gagiavit emendam eo quod in domo Symonis Viel, clerici, verberantis suam uxorem, intravit ad deffendendum ipsam uxorem, et ipsum Viel traxit ad terram et percussit eum de pugno supra caput ; quam emendam taxavimus ad II solidos. Solvit. »

2. Panormit., sur c. XXIV, X, *De test.*, n° 7 : « Querit quid de uxore an admittatur in testem in causa mariti et quid e contra. Vide per Cy(num) in d. l. 2 (C. *De testibus*) per Spe(culatorem) in d. § 1, ubi prosequitur multas similes questiones ; gl. 4, qu. 3, d. § *Idonei*, dixit uxorem non admitti quia sibi imperare potest, cum sit sibi subjecta; arg. C. XXXIII, qu. ult. c. *Mulierem*. Sed Spec. et clarius etiam Cyn., ubi supra, videntur concludere, quod inspiciamus qualitates viri vel uxoris ; si autem talis est uxor ut verisimiliter timeat maritum, non debet admitti. Et idem dicendum in marito respectu uxoris, alias secus cum nullibi hoc prohibeatur, nec est simpliciter verum quod uxor sit sub potestate mariti, ut patet l. *Si uxor.*, C. *De condit. insert.*, nisi ordine naturæ et quo ad quædam servitia. Sed crederetur plus vel minus secundum circumstantias. An autem compellatur uxor testificari contra maritum vel maritus contra uxorem? Cynus, in dict. leg. 2, videtur velle quod non, quia non debet compelli ad testificandum contra domesticum et eum cum quo est una caro : quod placet, arg. C. IV, qu. 3, c. *Si testes*, § *Lege Julia*, ubi patet, quod etiam contra socerum non compellitur quis testificari : hoc fateor nisi in defectum testium, quia tunc cessat privilegium.

une grande importance et une valeur juridique proprement dite : c'était à elle qu'avait tout d'abord songé l'apôtre en exposant les devoirs des époux[1]. Ce ne fut pas seulement, pour les *libri pœnitentiales* et, plus tard, pour les casuistes écrivant au point de vue du *forum internum*, une matière à réglementations minutieuses et à prescriptions rigoureuses ; cette question donna lieu à de véritables règles de droit, et fut portée devant le *forum externum*, dans la pratique judiciaire.

De cette conception, il résulta d'abord que le droit canonique donna à chacun des époux une action pour faire condamner l'autre conjoint à la prestation du devoir conjugal. Le juge ecclésiastique ordonnait cette prestation à l'époux récalcitrant et employait, pour l'y contraindre, les peines dont il disposait, et spécialement l'excommunication. Même on tenait qu'une semblable action pouvait être portée devant le juge séculier, lorsque l'existence et la validité du mariage n'étaient pas contestées[2]. Quelques-uns seulement doutaient qu'il y eût là une action proprement dite, et pensaient qu'il y avait plutôt une application de l'*officium judicis*, dont l'époux implorait l'intervention[3] ; mais l'*officium judicis* répondait alors simplement à

1. *I. Corinth.*, VII, 2 et suiv.

2. Panormit., sur c. VI, X, *De consang.*, n° 4 : « Nota quod Ecclesia possit compellere conjugem ad reddendum debitum conjugale. » — Le même, sur c. VII, X, *De conv. conj.*, n° 3 : « Nota ex hoc et ex textu judicem ecclesiasticum posse compellere conjugem ad exhibendum alteri conjugalem affectum. Numquid etiam judex sæcularis potest hoc facere? Dic quod sic, ex quo constat de matrimonio. » — Le même sur c. XI, X, *De præsc.*, n° 5 : « Ex quo infert dominus Antonius quod si maritus tenet uxorem extra lectum suum et mensam, non tractat eam ut uxorem, ut posset uxor virum constringere ut eam in prædictis et aliis tractet ut uxorem. »

3. *Liber practicus de consuetudine Remensi*, n° 388, p. 301 : « Uxor agebat coram officialibus Remensibus contra maritum super eo quod recusabat injuste cohabitare cum ea et ipsam affectione maritali tractare ; unde petebat eum condemnari ad hoc quod ei cohabitaret tanquam uxori et eam affectione maritali tractaret, *officium judicis implorando*. Opponebatur quod ista peticio nullo jure fulcitur, item quod erat obscura cum non declararetur in quo seu qualiter recusat cohabitare seu maritali affectione tractare. Respondeo quod imo fulcitur (c. x, X, IV, 1; c. XIII, X, II, 13; c. XIV, X, IV, 1; c. x, X, II, 28; c. III, X, IV, 19; c. v, X, IV, 13). Item potest induci l. 1, D. II, 10, que dicit quod ad officium judicis pertinet quod non permittat partes ad rixas seu arma venire. »

un pouvoir large du juge qui lui permettait d'accueillir les demandes des parties, en dehors des cas où il existait une action ayant une dénomination propre.

D'ailleurs, la juridiction ecclésiastique intervenait aussi d'office pour imposer la prestation du devoir conjugal aux époux qui vivaient en mauvaise intelligence. Le *Registre de Cerisy* nous en fournit de nombreux exemples ; les époux sont alors dénoncés par les *testes synodales*, lors des *visitationes* auxquelles procède l'official[1]. Les peines employées pour contraindre les récalcitrants sont l'amende et le pilori.

Par ces voies de droit, la juridiction ecclésiastique ne cherchait pas seulement, soit sur la plainte des époux, soit d'office, à assurer l'accomplissement du devoir conjugal ; elle intervenait de la même manière pour faire cesser les mauvais traitements, les dissensions entre époux, et rétablir pleinement le *maritalis affectus*[2].

A côté de ces décisions pratiques il est intéressant de signaler, quant à l'obligation au devoir conjugal, une discussion

1. N° 9 *a*, p. 23 : « Johannes la Pie et Johanna ejus uxor male se tractant nec jacuerunt simul a decem et septem annis. — N° 95 *c*, p. 80 : « Johannes le Scelle diffamatur de eo quod non reddit debitum uxori suæ... Injunximus dicto Johanni sub pœna X librarum Turonensium ut de nocte ad noctem jaceat cum uxore sua semper de cætero et ut tractet eam de legali matrimonio. » — N° 124 *b*, p. 101 : « Thomas la Pie junior et Dyonisia ejus uxor diffamantur pro eo quod non simul morantur quinque annis elapsis... Nos injunximus Johanni le Seeley ut de nocte ad noctem jaceat cum uxore sua usque ad Ascensionem et quod secundum posse suum faciat dicte uxori quod debet facere. » — N° 127 *b*, p. 103 : « Coqueta et Touroudus Rigal ejusdem maritus male se habent invicem et sunt infideles in suo matrimonio. Johannes le Seeley et ejus uxor non se gerunt tanquam vir et uxor. Th. la Pie juravit per ejus juramentum quod bene tractabit suam uxorem, et eisdem injunximus ad pœnam scale quod unus faciat alteri quod debet facere. » — N° 261 *b*, p. 186 : « Johannes Pomier et uxor ejus non bene se habent ad letum (lectum). Citati coram nobis, juraverunt quod bene se haberent de cætero ; quod eis injunximus ad pœnam scale. » — Cf. nos 136 *c*, 137 *b*.

2. Voyez le passage du *Liber practicus* cité plus haut, t. II, p. 9, note 3. — *Registre de Cerisy*, n° 71, p. 58 : « Injunximus Henrico le Portier clerico quod ad penam L librarum ipse cum Thomassia filia Johannis le Guileour, uxore sua, bene et legitime staret et de bonis suis ministraret sicuti ipsimet et quod eam legitime tractaret sicut eidem promiserat in facie Ecclesiæ ; cui injunctioni

théorique qu'avaient soulevée les docteurs. Ils s'étaient demandé à partir de quel moment cette obligation existait et était exigible. Les uns soutenaient qu'elle n'existait qu'à partir du moment où la *copula* était intervenue entre les époux, le *primus coitus* étant purement volontaire et gratuit, comme ils disaient dans leur terminologie singulière. Les autres, et c'était l'opinion commune, pensaient que l'obligation existait dès que le mariage était contracté, sauf qu'ils accordaient, en invoquant certains textes, un court terme à l'époux, requis par son conjoint d'exécuter son obligation[1]. La première opinion était un souvenir de la doctrine ancienne d'après laquelle le mariage n'était vraiment obligatoire que quand il avait été

idem Henricus acquievit. » — N° 182, p. 130 : « Injunximus Colino le Coq, ad penam XL librarum et scale, quod de cetero tractet fideliter uxorem suam sicut bonus et probus homo, et eidem uxori similiter ad dictam penam quod eat cum dicto Colino et quod ei faciat sicut bona uxor debet facere marito suo, cui injunctioni ipsi sponte acquieverunt. » — N° 217, p. 165 : « Injunximus Ingerrano Douin ad penam XL librarum et scale quod de cetero tractet uxorem suam bene et pacifice sicut probus homo *nec eam verberet indebite*, et dicte uxori quod eadem faciat fidelitatem bonorum suorum mobilium, cui injunctioni sponte acquieverunt. »

1. Bern. Pap., *Summa de matr.*, p. 299 : « Si quæras quando competit jus exigendi debitum et unde oriatur, memini a magistro Jo(anne) audisse, ipsum ex primo coitu conjugali oriri et ex tunc competere. Sed secundum hoc videtur quod si uxor virum, vel e converso, semper a primo coitu prohibet, nunquam ei debitum reddere teneretur. Alii vero dicunt hoc jus oriri statim ex desponsatione sed non statim competere, sed a tempore traductionis, sicut si stipulatus es a me X usque ad mensem statim oritur certi condictio, sed non statim competit cum effectu. Rationabiliter tamen dici posset hoc oriri ex desponsatione, sed non statim sed tempore sacerdotalis benedictionis in virginibus, in viduis tempore traductionis, ubi autem solennitates desunt post primum coitum conjugalem. Oportebit ergo secundum hoc dicere, post benedictionem sacerdotalem sponsam virginem sine licentia sponsi converti non posse, ante vero posse... Magistri tamen Jo(annis) sententiam mihi magis placere fateor. » — Glose sur c. VI, C. XXVII, qu. 2, v° *Prima* : « Dicit H(ugutio) quod una fides, qua vir uxori et e converso debet mutuam servitutem et etiam castitatem. Secundum hoc expone : prima fide, id est primo a fide desponsationis. Alii dicunt quod sunt duæ fides. Prima est qua ei debet castitatem, secunda qua mutuam servitutem ei debet, sed hoc nonnisi post duos menses (c. VII, X, III, 32). Et secundum primam expositionem ex prima utrumque debet, ut prædixi, unde secundum eos primus coitus neque est gratuitus, nam statim post consensum mutuum de præsenti

consommé[1]; elle était commode en même temps pour expliquer comment, tant que la *copula carnalis* n'était pas intervenue, l'un des conjoints pouvait librement entrer en religion. Cependant, on déclarait d'autre part que l'époux pouvait licitement employer la violence pour posséder son conjoint[2].

Dès qu'elle pouvait être exigée, la prestation du devoir conjugal devenait une obligation stricte entre les époux, dont rien ne pouvait les libérer, si ce n'est l'impuissance, l'impossibilité absolue. Aucune maladie chronique, aucune incommodité chez un époux n'exemptait l'autre de son devoir, pas même la lèpre, cette terrible maladie du moyen âge. L'époux resté sain était obligé non seulement de cohabiter avec l'époux lépreux, mais encore de lui rendre le devoir conjugal[3]. Les docteurs déclaraient seulement que le juge ne devait ici intervenir qu'à la dernière extrémité[4], et que, si l'horreur éprouvée

tenetur reddere debitum petenti. Habet tamen alter exceptionem usque ad duos menses per prædictam decretalem, nisi dicatur aliud speciale de duobus diebus vel uno (c. v, C. XXX, qu. 5). Hoc tamen est certum quod post primum coitum statim petitur coitus jure servitutis quandoque placuerit. Joan(nes). »

1. Voyez ci-dessus, tome I, p. 112 et suiv.

2. Panormit., sur c. vi, X, *De eo qui cognovit*, n° 3 : « Secundo nota ibi quod mulier potest invita cognosci. » Cependant le même, sur c. ii, X, *De conv. conj.*, III, 32, n° 9 : « Quod si sponsus cognovit sponsam violenter numquid possit sponsa intrare religionem invito sponso. Dubium facit quod effecti sunt una caro, licet violenter... In hoc sunt variæ opiniones quas vide plene per Joannem Andreæ in *Mercur.*, lib. VI, in regula illa, Quæ contra, *De reg. juris*, ubi videtur sequi opinionem Bart(holomæi) Brix(iensis), qui tenuit talem sponsam vi cognitam ingredi posse religionem invito sponso, ne delinquens sit melioris conditionis quam sapiens. Item quia non videtur communicasse corpus suum, ex quo invita fuit cognita. »

3. C. ii, X, *De conj. lepr.*, IV, 8, et Panormitanus sur ce chapitre, n° 3 : « Nota regulam quod nulla infirmitas, quantumcunque gravis, præstat facultatem dissolvendi, etiam quoad torum seu ad mutuam servitutem ; sive ergo superveniat furor, dementia, sive efficiatur clauda, non debet matrimonium separari, vide bonum textum c. xxii et xxv, C. XXXII, qu. 7 et c. xviii, C. XXXII, qu. 5... Ex præcepto Ecclesiæ tenetur sanus conjugi quantumcunque leprosæ reddere debitum carnale. »

4. Panormit., sur c. i, X, *De conj. lepr.*, IV, 8 : « Ideo dic quod, leproso non petente, judex est contentus sola exhortatione, et ita loquitur iste textus ; sed si instaret petendo ut conjux teneatur sequi et reddere debitum, tunc fiet compulsio. »

par le conjoint resté sain était invincible, on devait le considérer comme libéré de son obligation par une force majeure [1]. Cette rigueur impitoyable fut tempérée, il est vrai, par deux règles. D'un côté, tant que l'indissolubilité absolue du lien conjugal n'eût pas triomphé, la lèpre de l'un des conjoints fut pour l'autre une cause de divorce [2]. D'autre part, quand ce principe l'emporta, on avait établi des léproseries où les lépreux étaient rigoureusement isolés, et où le mari ne suivait point sa femme, ni la femme son mari. Le pape Alexandre III constate cette coutume, tout en la blâmant en ce qui concerne la séparation des époux [3].

Dans un seul cas, les canonistes admettaient la dispense du devoir conjugal : c'est lorsque la prestation mettait en danger la vie même de celui qui le rendait. On faisait alors application de la maxime : « Charité bien ordonnée commence par soi-même [4] ».

III

Les termes dont s'était servi saint Paul pour qualifier l'obligation des époux quant au devoir conjugal eurent une

1. Panormit., sur c. II, X, IV, 8, nº 2 : « Sed circa hoc quæro : quod si sanus propter horrorem non potest reddere debitum ? Dic quod si Ecclesiæ constaret, non compelleret eum, quia non debet compelli ad impossibile, quia impossibilium nulla est obligatio. Sed ex quo Ecclesiæ non constat de impossibilitate, excommunicabit sanum ad reddendum debitum, et quoad Ecclesiam militantem habebitur pro excommunicato, non autem quoad Deum. »

2. Voycz ci-après, deuxième partie, titre III, ch. II.

3. C. I, X, IV, 8 : « Pervenit ad nos quod, cum hi qui lepræ morbum incurrunt de consuetudine generali a communione hominum separentur, nec uxores viros nec viri uxores taliter ægrotantes sequantur : Quoniam igitur, cum vir et uxor una caro sint, non debet alter sine altero esse diutius, mandamus quatenus ut uxores viros et viri uxores qui lepræ morbum incurrunt sequantur. »

4. Panormit., sur c. II, X, IV, 8, nº 3 : « Secundo ad idem quæritur quid si maritus est ethicus vel alia ægritudine detentus, ita ut sine personæ periculo non possit reddere debitum, numquid mulieri petenti sit obligatus ad reddendum debitum ? Doctores communiter quod non, quia ordinata charitas incipit a se ipso. »

grande influence en cette matière. Il avait déclaré que chacun des époux avait un droit de puissance sur le corps de l'autre; il avait parlé de servitude[1]. Les canonistes, avec leur esprit subtil et leur tendance à donner à tous les termes de l'Écriture une valeur juridique, en tirèrent cette conclusion que chacun des époux avait vraiment un droit réel, un droit de servitude sur la personne de l'autre époux. De là des conséquences importantes.

Il en résulta d'abord, et très logiquement, qu'ils donnèrent à chaque époux, pour réclamer la personne de son conjoint et se la faire restituer, des actions semblables à celles par lesquelles on fait valoir un droit réel. Nous trouvons à cet égard une action pétitoire et une action possessoire.

L'action pétitoire était une revendication. Le mari qu'abandonnait sa femme pouvait revendiquer celle-ci. Sans doute, cela paraissait bien quelque peu singulier; mais on invoquait le texte célèbre du droit romain, dans lequel il était dit qu'un père pouvait revendiquer son fils *in potestate*, en ajoutant la la cause *ex jure Quiritium*[2] : ici l'on ajoutait *ex jure canonico*[3]. De même la femme délaissée par son mari pouvait revendiquer celui-ci en vertu des paroles de l'apôtre, et, quant au *debitum conjugale*, elle l'avait *in sua potestate*[4].

L'action possessoire était plus énergique encore. C'était l'*actio spoliationis*, le moyen possessoire propre au droit cano-

1. *I Corinth.*, VII, 4 : « Mulier sui corporis potestatem non habet sed vir. Similiter autem et vir sui corporis potestatem non habet sed mulier... 15. Quod si infidelis discedit discedat; non enim *servituti* subjectus est frater aut soror in hujusmodi. »

2. L. 1, § 2, D. *De rei vind.*, VI, 1.

3. Panormit., sur c. XI, X, II, 13 : « Maritus vindicat uxorem non proprie simpliciter sed adjecta causa de jure canonico, sicut filius petitur adjecta causa de jure Quiritium Romanorum. »

4. Johannes Andreæ, sur c. X, X, *De desp. impub.*, n° 4 : « Ex quo enim maritus est, jam sui corporis non habet potestatem et sic eum uxor vindicare potest, adjecta causa de jure divino, sicut de jure Quiritium vindicatur filius. » Panormit., sur c. III, X, *De conv. conj.*, III, 32, n° 3 : « Ex hoc infero quod uxor potest vindicare maritum adjecta causa ex jure divino, cum habeat eum in sua potestate quoad debitum, sicut dicimus in patre qui potest vindicare filium. »

nique. On lui donnait pour premier fondement un passage de l'*Historia tripartita* de Cassiodore, que pseudo-Isidore avait fait servir à la justification de l'*exceptio spolii*. Dans ce texte, en effet, il était question d'une femme mariée; mais le mari n'en revendiquait point la possession; il l'accusait, au contraire, devant l'empereur, qui accorda à la femme la permission de mettre ordre à ses affaires avant de répondre à l'accusation [1]. Cependant, par un effort de subtilité, les commentateurs en tiraient la preuve que le droit canonique assurait à l'époux la restitution de son conjoint [2] par un moyen possessoire. Mais cette application spéciale de l'action possessoire résultait en réalité non d'un texte précis, mais de la conception plus haut indiquée sur la *mutua servitus* des époux. Elle comportait cependant des règles particulières. Ce n'était pas un simple moyen possessoire, car il fallait joindre à la possession certaines preuves tirées du fonds. En effet, pour que le demandeur triomphât et obtînt la restitution de celui qu'il prétendait être son conjoint, il ne suffisait pas de montrer qu'il était, par rapport à lui, en possession de l'état d'époux. Cette opinion avait été soutenue par quelques-uns, mais elle ne s'était pas fait accepter [3]. On s'était ici écarté de la théorie générale des actions possessoires pour deux raisons principales.

En premier lieu, la possession d'état d'épouse était acquise assez facilement par une simple concubine, et l'Église n'avait point l'intention de favoriser le concubinage et de lui donner une sanction [4]. Secondement, on présentait un raisonnement juridique des plus précis et des plus curieux. C'était, je l'ai dit,

1. C. III, C. XXXIII, qu. 2 : « Historia ecclesiastica, ab Eusebio Cæsariensi episcopo confecta, de muliere quadam quæ pro castitate a marito accusabatur, ait : Præceptum est ab imperatore, lege lata, ut primo permitteretur ei rem familiarem diutius ordinare, tunc demum responderet objectis. »

2. Glose sur ce texte, v° *Ut primo* : « Ex quo mulieri primo restituuntur res suæ multo potius vir est restituendus, et sic facit ad propositum. G(andulfus). »

3. Panormit., sur c. XIV, X, *De rest. spol.*, II, 13 : « Dic aliquos fuisse in opinione ut sola facti possessio sufficiat ad restitutionem consequendam..... Sed hæc opinio non placet Innocentio et aliis doctoribus. »

4. Panormit., sur c. XIV, X, *De rest. spol.*, II, 13 : « Ex quo enim non possideat eam ut uxorem non potest dici destitutus de possessione conjugali. Imo plus

la personne même de l'époux qui était ici comme frappée d'une sorte de servitude, considérée comme susceptible de possession. Or, disaient les canonistes, une personne libre ne peut pas en principe être possédée juridiquement; elle ne peut l'être qu'exceptionnellement et en qualité d'époux; il faut donc faire apparaître cette qualité, la démontrer; car, sans cela, il n'y a pas de possession juridique et, par suite, pas d'action possessoire[1].

Mais ce qui devait être prouvé, ce n'était point un mariage valable à tous égards, — c'eût été confondre le possessoire avec le pétitoire, — c'était simplement un mariage contracté, existant au moins dans la forme. Seulement, la détermination de ce point ne laissait pas que de faire difficulté, car, dans le droit que nous étudions, la validité du contrat de mariage n'était soumise à aucune forme déterminée. Mais si l'Église considérait le mariage comme conclu dès que le consentement actuel avait été échangé, elle n'en prescrivait pas moins la célébration publique, *in facie Ecclesiæ*, et considérait comme clandestins tous les mariages qui n'avaient pas été ainsi contractés[2]. C'était la preuve de cette *legitima desponsatio* qu'elle exigeait

dicit Innocentius non sufficere ad hanc possessionem conjugalem probandam quod illam vocabat uxorem vel similes tractatus, quia sæpe adulteri ad palliandum adulterium vel fornicationem se taliter nominant et tractant; verum in matrimonio non sunt aliquatenus proportionabiles tantum conjugibus quin possint etiam adaptari adulteris et fornicatoribus. »

1. Glose sur c. XIV, X, *De rest. spol.*, II, 13, v° *Commodo* : « Ubi enim nulla præcedunt sponsalia vel matrimonium, nulla habetur possessio, quia liber homo possideri non potest, et possessio illa talis est quod qui possidet possidetur : unde ex sola possessione facti nulla servitus vel obligatio hinc inde contrahitur, nec restitutio peti potest, cum nulla possessio juris hæc fuerit. » — Glose sur c. VIII, *ibid.*, v^is *Et ab eo cognita* : « Hic non sufficit sola possessio quia possessio hic haberi non potest sine jure... quia liber homo possideri non potest. » — Panormit., sur c. XIV, *ibid.* : « Distingue sic post dominum Antonium : quædam sunt quæ communiter possideri non possunt nisi certa specifica causa præcedente, et tunc oportet quod probetur illius causæ existentia saltem apparenter; nam liber homo possideri non potest; ideo si petitur illius restitutio, oportet quod probetur titulus, cujus vigore possideri potest, saltem apparenter; alias autem cum talis possessio, cessante titulo, sit contra jus et sic evidenter injusta, non causat possessorium. »

2. Voyez ci-dessus, tome I, p. 178 et suiv.

pour accorder la protection possessoire aux époux[1]. Et les *sponsalia* dont il est ici question étaient les *sponsalia de præsenti*, bien que certains aient soutenu le contraire; les *sponsalia per verba de futuro*[2], même contractées *in facie Ecclesiæ*, n'auraient pas suffi pour justifier l'*actio spoliationis*.

La preuve de la *legitima desponsatio* suffisait-elle, et ne fallait-il pas en outre démontrer que le mariage avait été consommé? Une opinion exigeait la preuve de la *copula carnalis*, et il y avait d'assez fortes raisons dans ce sens. D'un côté, le mariage n'était vraiment parfait que lorsqu'il avait été consommé; et nous savons que, selon certains docteurs, jusqu'à ce moment l'obligation au devoir conjugal, fondement premier de l'action possessoire, n'existait pas encore[3]. De plus, si le mariage n'avait pas été consommé, en restituant la femme au mari il y avait à craindre qu'elle ne fût défloree contre sa volonté, alors qu'il n'y avait peut-être pas entre eux un mariage valable. Innocent IV était de cet avis, lorsque le mari demandait par l'action possessoire que la femme lui fût restituée en qualité

1. Panormit., sur le c. XIV, X, *De rest. spoliat.* II, 13 : « Secundum veram opinionem ad contractum matrimonii non requiruntur verba sed satis est constare de mente de qua satis constat per predicta; sed quoad restitutionem obtinendam, necesse habet probare quod sponsalia intervenerunt in facie Ecclesiæ. Ratio quia alias matrimonium est clandestinum, ut in c. fin. *De cland. spons.*, quo casu Ecclesia non solum debet denegare restitutionem, imo ex officio suo in pena sic contrahentium debet eos ad tempus separare quia contraxerunt contra interdictum Ecclesiæ. »

2. Panormit., sur c. XXV, X, *De spons.*, IV, 1 : « Alii vero, et sic secunda opinio, dicunt sufficere probare sponsalia de futuro vel de præsenti; ex his datur juris possessio. » — Cependant, si à des *sponsalia de futuro* s'était jointe la *copula carnalis*, il y avait un mariage parfait; seulement il était clandestin. Il semble que cela devait suffire pour l'action possessoire.

3. La glose sur le c. VIII, X, II, 13, vis *Et ab eo cognita*, présente, dans ce sens, un raisonnement curieux. Prenant pour point de départ l'expression *servitus* qui servait à désigner l'obligation des époux, et appliquant à la matière les principes des servitudes du droit romain, elle disait que, pour que le droit existât, il fallait que l'usage, l'exercice eût suivi la convention : « Et sic patet quod duo debet probare qui petit restitutionem, videlicet legitimam desponsationem, vere vel præsumptive, et carnalem copulam. Et est simile in servitutibus, ubi quis debet probare duas res, servitutem constitutam fuisse et se usum fuisse. »

d'épouse[1]. Mais il faisait remarquer qu'en prouvant un mariage valable, l'homme pouvait revendiquer sa femme par l'action pétitoire et implorer l'*officium judicis* pour que le juge donnât l'ordre à la femme de faire son devoir envers lui[2]. Il restreignait d'ailleurs singulièrement la portée de son opinion quant à l'action possessoire, en disant qu'il suffisait, pour qu'elle fût ouverte, que les époux eussent été antérieurement réunis et que l'un d'entre eux affirmât la consommation du mariage[3].

L'opinion contraire était plus soutenue. Le mariage, pour les décrétalistes, était parfait dès que le consentement avait été donné ; il devait donc produire dès lors tous ses effets, et, si la vie commune avait commencé, la femme, bien que *nondum cognita*, était juridiquement en la possession du mari. Sans doute, tant que la *copula* n'était pas intervenue, la femme pouvait librement embrasser la vie religieuse ; mais, jusqu'à ce qu'elle fût entrée au couvent, le mariage produisait envers elle ses effets[4]. Les docteurs qui pensaient ainsi limitaient leur doctrine, en disant qu'alors la restitution devait être accordée sur l'action possessoire à tous autres égards, mais non *quoad copulam*. Ils admettaient même que la restitution pouvait être refusée si l'on craignait que le mari, violent de caractère, n'exigeât

1. Sur c. XIV, X, *De rest. spol.*, n° 14 : « Et distingue melius, quod si vir petebat restitutionem mulieris tanquam uxoris, non dabitur ei aliter nisi probet aliquod genus sponsalium intervenisse et se cognovisse eam, et est hoc quod dicit littera ista, quod hic non potuit petere restitutionem, quia non erat destitutus commodo juris aut possessionis. Et hanc nostram opinionem sic probamus ; quia etsi sponsalia contracta sint, imo quod plus est matrimonium, non restituitur nisi copula carnalis intervenerit. »

2. *Ibidem* : « Si non habuit possessionem sed jus tantum... dic eum non posse petere restitutionem sed posse eam vindicare adjecta causa de jure canonico, *etiam si sit sponsa de futuro*, arg. ff. *De rei vindicatione*. Vel posset, agendo ad hoc ut sibi adjudicaretur, officium judicis implorare... Agitur officio judicis ut eam faciat exhibere ea quæ sponsa debet exhibere viro suo. »

3. « Tamen hæc quæ diximus, quod non debet restitui nisi intervenerit carnalis copula, intelligendum est quando uterque confitetur non intervenisse carnalem copulam ; sed si fuerunt simul et alter tantum dicat, præsumptio est pro eo et standum est verbo ejus. »

4. Panormit., sur c. XIV, X, *De rest. spol.*, II, 13.

de force la *copula* lorsqu'il aurait été remis en possession de sa femme[1]. C'est pour la même raison qu'ils décidaient que la restitution de la *sponsa de futuro* ne devait pas être accordée, car la fiancée ne devait encore aucun service au fiancé[2].

L'action possessoire des époux se comportait encore d'une façon particulière à un autre point de vue. L'époux qui avait abandonné ou expulsé son conjoint pouvait en demander lui-même la restitution. Il semblerait pourtant qu'il eût perdu la possession par un acte volontaire de sa part : mais non. La possession ici était l'effet et la sanction d'une sorte de servitude légale attachée au titre même d'époux; une fois commencée, elle renaissait à chaque instant, ou plutôt durait autant que ce titre lui-même[3]. De même, une convention de séparation intervenue entre les époux ne faisait pas obstacle à l'action [4].

Cependant la restitution ne pouvait-elle jamais être refusée? Elle pouvait l'être certainement dans deux cas prévus par les textes. Le premier, c'est quand la femme avait été chassée par son mari pour adultère notoire[5]: vainement eût-elle agi par l'action possessoire, à moins que le mari ne fût lui-même coupable d'adultère; car, alors, le droit canonique admettait la compensation des fautes[6]. Le second cas est celui où l'époux avait à craindre les sévices du conjoint qui le réclamait. Ce-

1. Panormit., sur c. XIV, X, II, 3 : « Item jure non probatur copulam exigi in actu restitutionis, nisi quum petitur restitutio quoad copulam.... Si petit restitutionem altero respectu quam copulæ, tunc per solam traductionem est in possessione aliorum servitiorum in quibus habet locum restitutio... nisi vir sit adeo severus ut timeatur de extorsione copulæ. »

2. Panormit., sur c. XIV, X, II, 13 : « Tunc enim non puto possessionem in aliquo quæsitam, quia licet uxor teneatur marito ad multa servitia præter copulam, non tamen sponsa; sed tamen tenetur ad perficiendum quod promisit et sic ad contrahendum; non potest ergo possideri antequam sit uxor. »

3. Panormit., sur c. XIII, X, *De rest. spol.*, II, 13 : « Possessio ista in hoc est privilegiata quod non perditur solo animo, vel si perdatur solo animo eo ipso recuperatur quod perditur, vel secundum dominum Antonium possessio in causa matrimoniali est conjuncta proprietati non abdicabili nuda voluntate. Sapit ergo hæc possessio naturam proprietatis ut non perdatur saltem irrevocabiliter. »

4. *Ibidem* : « Quia si non obstat repulsio, conclusum est fortius et pactum. »

5. C. IV, X, *De divort.*, IV, 19.

6. C. VII, X, *De adult.*, V. 16.

pendant on préférait exiger de ce dernier une caution garantissant sa modération et sa bonne conduite, et c'était seulement à défaut de caution que la restitution était refusée[1]. Mais, dans une troisième hypothèse, les doutes étaient sérieux.

On se demandait s'il fallait encore accorder la restitution, d'ailleurs fondée à tous autres égards, lorsque l'époux réclamé prétendait qu'il existait entre lui et son conjoint un lien de parenté qui rendait le mariage impossible entre eux. L'ordonner, en effet, c'était condamner l'époux, malgré sa résistance, à des rapports illicites et incestueux. On invoquait, pour la refuser une décrétale de Clément III (1189-1191); mais, en réalité, ce texte ne visait pas la question; il supposait intentée non l'action possessoire, mais l'action pétitoire par laquelle un époux demandait que telle personne fût reconnue judiciairement comme son conjoint et lui fût adjugée comme telle[2]. En sens inverse, il semblait impossible de tenir compte ici de la consanguinité prétendue; car cela eût été introduire la question de fond dans l'action possessoire, confondre le possessoire et le pétitoire. C'est ce qu'avait décidé une décrétale de Lucius III (1181-1185)[3]. La question était assez délicate et assez importante pour qu'Innocent III l'exposât et la discutât tout au long dans une décrétale[4]. Le pape, d'ailleurs, ne prit pas nettement parti entre les deux doctrines adverses. Il établit plutôt entre elles une sorte de *modus vivendi* au moyen d'un expédient. Il déclare en effet que si l'époux qui invoque la *consanguinitas* en offre immédiatement la preuve toute prête, on fera bien, surtout s'il s'agit des degrés prohibés par la loi divine et pour lesquels toute dispense est impossible, de ne point accorder la restitution *quoad copulam*, en l'accordant cependant à tous autres égards : on fera alors prêter serment à l'époux récalcitrant qu'il n'invoque pas la parenté pour se soustraire malicieusement au devoir conjugal. Si l'on est en dehors de ces

1. C. VIII, X, II, 13; cf. c. XIII, *in fine*, *ibid.*
2. C. I, X, *De ord. cogn.*, II, 10.
3. C. X, X, *De rest. spol.*, II, 13
4. C XIII, X, *De rest. spol.*, II, 13

conditions, malgré l'allégation, il faudra adjuger une *plenaria restitutio*.

L'exception d'excommunication était généralement admise comme servant à repousser l'*actio spoliationis*[1]; on hésitait à l'admettre, au contraire, quand cette action s'appliquait au mariage. L'époux excommunié pouvait néanmoins demander la restitution de son conjoint. Ceux même qui accordaient encore ici l'*exceptio excommunicationis* disaient que le juge pouvait d'office ordonner la restitution de l'époux : il fallait, avant tout, éviter la fornication[2].

Le jugement qui ordonnait la restitution de l'époux avait pour sanction ordinaire l'excommunication du récalcitrant. Mais de sérieuses autorités admettaient qu'il pouvait aussi être exécuté directement, et la femme, tout au moins, ramenée de force au domicile du mari[3].

IV

Le corps de chaque époux étant grevé d'une sorte de servitude au profit de l'autre, il sortit de là une théorie remarquable

1. La personne excommuniée ne pouvait, *jure canonico*, agir en justice.

2. Panormit., sur c. fin., X, *De ord. cogn.*, nº 12 : « Sed in quantum dixi quod admittitur exceptio excommunicationis, Hostiensis dicit hoc verum esse nisi petatur restitutio conjugis. Sed Jo(annes) An(dreæ) sentit contrarium, quod, licet conjux communicet conjugi tempore excommunicationis, tamen non auditur vir petens restitutionem obstante excommunicatione. Sed dic quod judex ex officio suo illam restituet sibi propter periculum fornicationis; sed vir non auditur jure actionis. Hoc voluit glossa in c. *Quoniam multos* et Joh(annes) Calder(inus) hic. »

3. Panormit., sur c. XIII, *De rest. spoliat.*, II, 13, nº 29 : « Quæritur, quia mulier hic cogitur redire ad maritum per censuram ecclesiasticam, an possit compelli precise, puta realiter capi per familiam et duci ad domum viri. Dubium facit primo iste textus ubi tantum dicitur de censura. Item si possit realiter adduci, non posset hoc consilium juris observari, et sic compelleretur ad peccatum. Item materfamilias non potest realiter cogi ut extrahatur de domo (C. *De off. divers. jud.*, l. 1). Contrarium consuluit dominus meus Cardin(alis), videmus enim quod conjux quandoque sequestratur in loco tuto, et sic realiter separatur a viro ad tempus; ubi subest causa restitutionis debet etiam realiter restitui. »

quant au vœu de continence. La femme ne pouvait point valablement faire ce vœu sans l'assentiment du mari, ni le mari sans l'aveu de la femme [1]. La question se présentait d'ailleurs sous une double forme : tantôt il s'agissait d'un simple vœu de continence, la vie commune continuant d'ailleurs entre les époux ; tantôt l'époux qui se vouait embrassait la vie religieuse.

A. *Le vœu simple*

La première hypothèse semblerait avoir été peu pratique ; c'est sur elle pourtant que l'Église paraît avoir eu à statuer d'abord. Étant donnée la hauteur où l'idéal chrétien plaçait la virginité ou la continence, il arriva fréquemment qu'une personne mariée voulut se réduire à une entière chasteté : les canons des apôtres réagissent même énergiquement contre la tendance des clercs à renvoyer leur femme ou à se refuser aux relations conjugales [2]. L'Église permettait, cependant, aux époux de toute condition de se vouer à la continence, pourvu que cela se fît d'un mutuel consentement [3]. Cette convention intervenait le plus souvent seulement pour un temps, afin de pouvoir se livrer pleinement à la prière [4]. Parfois, cependant, c'était pour toute la vie que le vœu était formé, et, parfois, il l'était au premier jour du mariage. Grégoire de Tours a conservé, dans l'histoire touchante des *duo amantes*, l'impression puissante du sentiment qui dictait ces résolutions [5]. De semblables mariages étaient considérés comme moralement supérieurs aux autres, rappelant l'union de la Vierge et Joseph [6].

1. *Dictum* sur c. XI, C. XXXIII, qu. 5 : « Ex præmissis auctoritatibus apparet quod continentiæ vota nec mulier sine consensu viri, nec vir sine consensu mulieris, Deo reddere potest. »

2. Can. apost. 5, 51.

3. C. I, IV-VI (August.) ; VII-IX (Hieronym.) C. XXXIII, qu. 5.

4. C. XII, XIII (August.) C. XXXIII, qu. 4.

5. *Historia Francorum*, I, 42, édit. Omont, p. 25.

6. Hincmar, *De divortio Lotarii, interrog. V, resp.*, (Migne, t. CXXV, p. 650) « Qualiter, vel pro quibus rebus, secundum auctoritatem inita conjugia sepa-

Cela était très simple au point de vue juridique lorsque les deux époux avaient, d'un commun accord, fait l'un et l'autre vœu de chasteté. Dans ce cas, ils étaient liés incontestablement; une convention postérieure en sens contraire ne pouvait point résoudre l'obligation, et, à plus forte raison, la volonté d'un seul était impuissante pour ramener le mariage à son état normal. Certains canonistes, et parmi eux Innocent IV, soutenaient même que si, violant leur vœu mutuel, les époux avaient encore des relations conjugales et que des enfants en naquissent, ceux-ci étaient illégitimes, le mariage n'existant plus au point de vue de la *copula*[1]. Cependant, si l'un d'eux tombait dans l'incontinence, la glose du décret admettait que le juge ecclésiastique pouvait intervenir et ramener les époux à la cohabitation conjugale[2].

Mais la question était plus délicate lorsqu'un seul des époux avait fait vœu de continence, l'autre conjoint ayant simplement donné son consentement. Celui qui ne s'était pas personnellement obligé ne pouvait-il pas exiger le devoir conjugal, lorsque les aiguillons de la chair devenaient trop pressants, et le lui interdire n'était-ce pas le pousser à l'incontinence et à l'adultère? Certains le soutenaient. Mais, en sens contraire, on disait que l'époux, en donnant son consentement, devait être censé avoir fait lui-même tacitement vœu de continence, parce que ce consentement était exigé simplement pour constater sa renon-

rari valeant... Primo, qui secundum evangelicam admonitionem, ut beatus Augustinus in libro *de Bono conjugali* dicit, amore fit salutis æternæ, ubi tanto melius quanto spiritualius servatum quam dissociatum conjugium dicitur. » P. 654 : « Quia de separatione viri et uxoris nunc agitur, quæ non fit amore perpetuæ continentiæ. »

1. Panormit., sur c. XI, X, *De convers. conj.*, III, 32, n° 7 : « Ubi ad propositum (Innocentius) ponit unum notabile, quod si isti conjuges post emissum votum continentiæ se carnaliter commisceant, proles inde genita non est legitima, quia non sunt secundum legem conjuncti; non est enim amplius matrimonium quo ad exercitium carnis; idem notat glossa in c. *Ministri*, D. LXXX. »

2. Glose sur c. IV, C. XXXIII, qu. 5, v° *Persevera* : « Sed quid si alter fornicetur postea, numquid reliquus potest ipsum repetere? Hic quod non. Dicunt quidam : auctoritate episcopi restituetur. »

ciation au devoir conjugal[1]. Les décrétalistes discutaient le problème sur une décrétale du pape Célestin III adressée au roi de Suède, dont la femme avait fait pour un temps vœu de continence, au cours d'une grande maladie[2].

La question était surtout délicate lorsque c'était la femme qui avait fait le vœu avec le simple consentement du mari. Celui-ci, en effet, on l'a vu plus haut, avait en principe le pouvoir de révoquer les vœux émis par la femme, même après les avoir autorisés. Quelle raison y avait-il de ne pas appliquer ici ce principe? Cependant les deux chefs d'école, Pierre Lombard et Gratien s'accordaient à en repousser l'application. Pierre Lombard admettait seulement que, si le mari, ayant d'abord donné son consentement, le révoquait ensuite avant que la femme eût pu en profiter en émettant effectivement le vœu, il reprenait tous ses droits[3]. Gratien décidait nettement que, pour le vœu de continence, la règle générale quant aux vœux de la femme mariée ne s'appliquait pas, et que, pour celui-là, le mari n'avait pas le droit de *revocatio*[4]. Très certainement les principes sur l'extinction des servitudes en droit romain jouèrent également ici un rôle. L'époux ayant renoncé à la *servitus* qu'il avait sur son conjoint ne pouvait faire revivre, par sa seule volonté, la servitude qu'il avait éteinte par sa

1. Panormit., sur c. xi, X, *De conv. conj.*, III, 32, n° 3 : « In aliis votis maritus consentiendo non videtur tacite vovere, sed in voto continentiæ sic, quia consensus ejus non exigitur, nisi ut ipse non exigat. »

2. C. xi, X, *De conv. conj.*, III, 32.

3. *Sent.*, *lib. IV*, D. XXXII, *B.* « Quibusdam videtur quod mulier non discedens a domo viri, quæ, viro permittente, continentiam voverit vel promiserit, eodem prohibente solvere non valeat, et hoc propter dignitatem viri quæ est caput mulieris. Sed melius hoc intelligitur in tali casu ubi vir concedit mulieri vovere continentiam, et ante votum prohibet implere. »

4. *Dictum* sur c. xi, C. XXXIII, qu. 5 : « Si autem consensu alterius eorum ab altero promissa fuerit (continentia) et postmodum in irrito reducere voluerit qui permisit, non tamen valet; quia in debito conjugii æque mulier habet potestatem viri, sicut vir mulieris; atque ideo si quilibet eorum alterum a suo jure absolverit, ad præteritam servitutem illum revocare non poterit. Quia vero in cæteris vir est caput mulieris et mulier corpus viri, ita vota abstinentiæ, viro permittente, mulier potest promittere, ut tamen, eodem prohibente, repromissa non valeat adimplere. » Cf. *dictum* sur c. xx, *ibid.*

renonciation[1]. Cependant Panormitanus faisait très justement observer que, d'après des textes formels, le mari pouvait révoquer le vœu d'abstinence fait par sa femme, et que le vœu de continence était en quelque sorte un vœu d'abstinence renforcé[2].

B. *L'entrée en religion.*

Si le vœu de continence fait par une personne mariée était difficile à concilier avec la permanence de la vie commune, il était au contraire très simple que l'époux qui voulait pratiquer la chasteté fît un vœu solennel et entrât au couvent. Seulement, une question grave se posait alors : Qu'allait devenir l'autre époux?

La législation de Justinien donna à ce problème une solution des plus simples : elle reconnut à chacun des époux le droit d'embrasser la vie religieuse et d'entrer au couvent, sans même exiger le consentement du conjoint; mais, en même temps, elle fit de cet acte une cause légitime de divorce. L'époux abandonné et resté dans le siècle pouvait divorcer sans encourir aucune peine et se remarier[3].

Mais l'Église n'accepta pas cette solution. Fidèle à la conception de la *mutua servitus*, elle déclara que, dès que le mariage était consommé, aucun des deux époux ne pouvait embrasser la vie religieuse sans le consentement de l'autre. C'est ce que décidait en particulier saint Basile[4], et, sous cette influence,

1. Glose sur c. x, C. XXXIII, qu. 5, v° *Hunc* : « Vir duplicem habet servitutem in uxore, unam quoad debitum reddendum, aliam quoad ministerium sibi exhibendum; unde licet unam relaxaverit, non tamen aliam; ff. *De servit. præd. urb.*, Si domus. »

2. Sur c. xi, X, III, 32, n° 4 : « Tamen puto contrarium, quia votum continentiæ est votum abstinentiæ, ut c. xxiii, C. XXVII, qu. 2. Cum ergo jura divina et humana dent marito plenam facultatem in voto abstinentiæ, ergo videtur quod votum continentiæ poterit revocare. »

3. L. 53; § 3, C. I, *De episcop.*, I, 3; *Nov.* 5, c. v; *Nov.* 22, c. v; *Nov.* 117, c. xii; *Nov.* 123, c. xl.

4. *De instit. monach.*, qu. 12. Cf. c. xxii C. XXVII, qu. 2, donné par Gratien

l'Église orientale a modifié dans ce sens la législation de Justinien; mais elle s'y est attachée d'autre part, en ce qu'elle voit toujours là un cas de divorce[1].

L'Église occidentale alla plus loin. Non seulement elle admit aussi que le consentement du conjoint était nécessaire pour qu'un époux se fît religieux, mais, de plus, elle professa que, dans ce cas, le mariage n'était point dissous; il persistait au contraire, et l'époux resté dans le siècle ne pouvait se remarier. C'est une idée que proclama en particulier Grégoire le Grand, condamnant les lois humaines qui donnaient une solution contraire[2]. A la vérité, dans la monarchie franque, nous trouvons encore le divorce admis dans cette hypothèse, spécialement par le *Decretum Compendiense*[3]; et peut-être même Fulbert de Chartres partageait-il encore ce sentiment[4], mais la doctrine de Grégoire Ier devait définitivement prévaloir.

Cette doctrine offrait cependant un grand danger. En maintenant l'époux non converti à la vie religieuse dans les liens d'un mariage, dont cependant il ne pouvait user, ne le précipitait-on pas dans l'incontinence? La logique imposait, semble-t-il, une solution différente. L'équilibre serait maintenu dans ce mariage, si les deux conjoints entraient en même temps au monastère, chacun de leur côté : par conséquent, il fallait subordonner la profession d'un époux à la profession simultanée de son conjoint, un simple consentement de ce dernier ne suffisant pas. On arriva de bonne heure à cette conclusion, par un raisonnement particulier emprunté à la théorie de l'*unitas carnis*. Les deux époux ne formant qu'une seule et même chair, il paraissait impossible qu'une moitié restât dans

comme étant « ex octava synodo », mais qui n'est qu'un résumé de saint Basile. Regino (II, 109), donne à ce texte sa provenance véritable : *Ex dictis Basilii episcopi.*

1. Zhishman, *op. cit.*, p. 773 et suiv.

2. C. XIX, C. XXVII qu. 2 : « Sunt qui dicunt religionis causa conjugia dissolvi. Verum sciendum est, quod, si hoc lex humana concessit, lex tamen divina prohibuit. »

3. Voyez ci-dessous. Deuxième partie, titre III, ch. II, nº 3.

4. *Ep. XLII* (Migne, t. CXLI, p. 225).

le siècle, tandis que l'autre en sortait[1]. Aussi cette thèse est-elle exposée comme un point certain dans un texte attribué par Gratien à un concile de Reims, mais qui n'est pas autre chose qu'un chapitre du synode de Verberie, augmenté de cette clause qu'il ne contenait pas[2]. Une lettre de Nicolas Ier, au sujet de la reine Tietberge de Lorraine, paraît aussi contenir la même doctrine[3]. C'était celle de docteurs célèbres[4].

Mais c'était ajouter aux textes anciens qui se contentaient d'un consentement donné par le conjoint ; c'était d'ailleurs exiger beaucoup plus qu'il n'était nécessaire. On fut ramené bientôt à une règle moyenne et moins sévère. On ne se contenta point du simple consentement du conjoint ; car, celui-ci ne s'étant pas par là expressément obligé à observer la chasteté, on considéra qu'il pourrait légitimement demander la restitution de l'époux *conversus*. On exigea de plus qu'il fît de son côté vœu de continence[5], mais on n'alla pas jusqu'à exi-

1. C. XIX, C. XXVII, qu. 2 (Greg. Ier) : « Si ergo vir et uxor una caro sunt et religionis causa vir uxorem dimittit vel uxor virum in hoc mundo remanentem, vel etiam fortasse ad illicita vota migrantem, quæ est ista conversio in qua una eademque caro ex parte transit ad continentiam et ex parte remanet in pollutione? »

2. C. X, C. XXXIII, qu. 5 : « Qui uxorem suam velare permiserit, aliam non accipiat, *sed similiter convertatur.* » Le concile de Verberie (c. XXI), ne contient pas ces derniers mots ; il a tout simplement pour but d'exclure le divorce et le convol du mari. Regino (II, 124) ne contient pas encore l'addition.

3. Un passage de cette lettre est contenu dans c. XXVI, C. XXVII, qu. 2.

4. Glose sur c. XXVII, C. XXVII, qu. 2, v° *Desponsatam* : « Et dicit Hu(gutio quod sponsus cum dat licentiam sponsæ, vel e converso, intrandi monasterium, matrimonium non solvitur, sed compellendus est ipse intrare, et, si contraxerit, duos habet viros mulier vel vir duas uxores..... Baz(ianus) dicit quod non solvitur nec intrare compellitur, et, si contraxerit, habet duas uxores. »

5. C. I, X, *De conv. conj.*, III, 32 (Alex. III). — Glose sur c. X, C. XXXIII, qu. 5, v° *Convertatur* : « Alii dicunt quod qui dat licentiam, nisi expresse voveat, continere non tenetur, nec monasterium ingredi, imo eam revocare potest de monasterio. » — Hugutio avait cependant admis que le consentement seul suffisait, mais parce qu'il y voyait un vœu implicite de continence. Même glose : « Et hic dicit Hu gutio) quod eo ipso quod dat uxori licentiam intelligitur vovere, quod si non exprimat compellendus est ire ad religionem et sufficit tacita licentia id est permittere. » Mais on avait refusé de suivre cette déduction extrême ; *ibidem* : « Secundum istos expressus consensus exgitur in contrahendo, ita in separando matrimonio »

ger qu'il embrassât toujours la vie religieuse. On laissait à ce point de vue un large pouvoir d'appréciation à l'autorité ecclésiastique. Si le conjoint était jeune et suspect d'incontinence, il fallait nécessairement qu'il entrât aussi au cloître[1]; s'il était au contraire âgé et ne donnait aucune prise au soupçon, il pouvait rester dans le siècle[2].

Lorsqu'un des époux entrait au monastère sans que l'autre le sût, ou malgré l'opposition de celui-ci, ou lorsqu'il n'avait obtenu son consentement que par violence ou par dol, l'époux abandonné avait une action pour extraire du couvent son conjoint et le rappeler à lui[3]; et cette action, bien qu'on eût soutenu le contraire, était imprescriptible[4]. On se demandait si le même droit existait encore lorsque l'époux entrait au cloître du consentement de son conjoint, mais sans que celui-ci eût formé le vœu de continence pour son propre compte[5]. Toutes les fois que ce *jus revocandi* était reconnu, la question se posait de savoir si la *professio* faite par l'époux, bien que l'effet en fût momentanément entravé, n'était pas néanmoins valable. L'intérêt de la question, c'est que si la *professio* était

1. Glose sur c. XIX, C. XXIII, qu. 2, vis *In pollutione* : « Argumentum quod uno intrante monasterium possit alter conjugum in sæculo remanere, dummodo in castitate vivat; non enim videtur esse causa prohibitionis nisi pollutio, causa ergo cessante, cessabit prohibitio. » — C. IV, VIII, XIII, XX, X, *De conv. conj.*, III, 32.

2. Le modèle donné par le *Liber Remensis* (ci-dessus, tome I, p. 301, note 1), n'exige rien de plus que le vœu de continence.

3. Pour toute cette théorie, voyez Panormitanus sur c. IX, X, III, 32.

4. Glose sur c. III, C. XXXIII, qu. 5, v° *Conjugium* : « Sed usquequo habebit maritus licentiam revocandi eam? Dicunt quidam quod intra annum et diem (arg. c. C. XX, qu. 2). Baz(ianus) dicebat quod intra triennium (c. III, C. XVII, qu. 2). Alii dicunt quod tunc potest revocare cum primo copiam habuit, post non. Ego dico quod quandoque potest. »

5. Panormit., sur c. I, X, III, 32, n° 7 : « Si vero sponte consensit alterius ingressui, non tamen emittendo votum continentiæ, tunc sunt opiniones. Nam quidam, ut Ab(bas) hic et Inn(ocentius) volunt quod si remanens in sæculo est juvenis, debet ad petitionem ipsius ingressus revocari. C(alderinus) tenet quod solum ex officio judicis, quod mihi plus placet. Nam præstando consensum renuntiavit juri quod habebat in altero. Sed judex ex officio suo, ne committatur adulterium per remanentem in sæculo, educet illum de monasterio. »

reconnue valable, après la mort du conjoint opposant, celui qui l'avait faite était tenu de rentrer au couvent; mais cela sort de notre sujet.

Dans un seul cas l'époux était parfaitement libre de faire une *professio* valable et de l'exécuter sans avoir besoin du consentement de son conjoint. C'est lorsque celui-ci s'était rendu coupable d'adultère ; car alors cessait la *servitus quoad copulam*[1].

SECTION DEUXIÈME

Les effets du mariage quant aux enfants.

Quant aux enfants, le mariage peut produire un double effet : 1° il fait les enfants légitimes; 2° il légitime les enfants naturels. La théorie, qui, sur ce point est délicate et savante, ne se trouve que chez les canonistes classiques.

I

Est légitime tout enfant conçu et né, ou tout au moins conçu en légitime mariage[2]. Comme on s'attache surtout à la naissance, il n'est point douteux que l'on doive également regarder comme légitime l'enfant né pendant le mariage quoique conçu auparavant[3].

Pour prouver sa filiation légitime, il faut donc qu'un enfant établisse : 1° qu'il a pour mère telle femme, et pour père tel

1. C. xv, X, III, 32; voyez plus loin, Deuxième partie, titre III, ch. II, n° 9.

2. Glose sur c. II, X, *Qui filii sint leg.*, IV, 17; v° *Concepti* : « Sic ergo tempus conceptionis spectandum est cum de commodo alicujus spectatur. » Panormitanus, *ibid.* : « Nota maxime juncta glossa, quod, ubi agitur de favore filiorum, concepti habentur pro natis; secus ubi agitur de odio. »

3. Panormit., sur c. XII, X, *Qui filii*, IV, 17 : « Nota quod natus ex sponsa de futuro est legitimus, licet matrimonium aliter non fuerit publicatum, quod videtur procedere impedimento matrimonii non probato. » — Dans le cas prévu par Panormitanus, il est vrai que, le mariage resultant de la *copula* jointe aux fiançailles, l'enfant en réalité a été conçu en légitime mariage.

homme; 2° que ces deux personnes étaient unies en légitime mariage lors de sa conception ou de sa naissance. Quant au second point, c'est-à-dire l'existence du mariage, nous savons déjà comment s'en fait la preuve[1]. Mais il y a quelques règles spéciales, lorsque la question s'agite après la mort des parents, ou de l'un d'eux, dans le seul but d'établir la légitimité. Alors, en effet, les meilleurs canonistes tenaient que, lorsqu'un homme et une femme avaient vécu ensemble jusqu'à la mort de l'un d'eux, il y avait présomption qu'ils étaient mariés[2]. Il suffisait dans tous les cas que l'enfant établît que, l'opinion publique admettait le mariage de ses père et mère[3], ou même que la majorité des voisins y croyait[4]. Mais l'adversaire pouvait, par témoins, faire la preuve contraire.

La maternité, étant un fait matériel, se prouvait par les modes de droit commun[5]. Quant à la paternité, elle se prouvait par présomption, et, sur ce dernier point, la théorie des canonistes avait été formée plutôt par des emprunts aux lois romaines que par les décisions des textes canoniques.

La paternité se prouvait par cette présomption, empruntée au droit romain, que les enfants nés d'une femme mariée

1. Voyez ci-dessus, tome I, pp. 191 et suiv.

2. Panormit., sur c. v, X, *Qui filii*, IV, 17, n° 7 : « Natus ex masculo et femina simul habentibus præsumitur legitimus, quasi favore legitimationis inter illos præsumatur matrimonium. Sed respectu ipsorum viventium canon præsumit potius stuprum ut inducantur ad palam contrahendum et satis procederet hoc dictum si isti vocabant se conjuges, ut voluit Inn(ocentius) in c. *Ex parte*, cujus dictum notabile, quia habes ex his modum facilem probandi quem esse legitimum. » Le même, sur c. xi, X, *ibid.*

3. Panormit., sur c. X, *Qui filii*, IV, 17, n° 4 : « Filius agit dicens se legitimum... et probat multis modis. Primo modo, si docet parentes suos contraxisse matrimonium publice ut hic. Secundo modo, si communis opinio viciniæ habebat quod erant maritus et uxor, ex quo habes quod communis opinio viciniæ probat matrimonium quoad effectum legitimitatis. Tertio, si probat quod parentes sui se tractabant sicut vir et uxor. »

4. Panormit., sur c. xii, X, *Qui filii*, n° 2 : « Bonum textum in arg. quod ad probandum legitimitatem satis est probare quod opinio viciniæ habebat parentes illius fuisse conjunctos legitime... et nota quod sufficit major pars viciniæ et hoc procedit nisi per testes probetur oppositum. »

5. Hostiensis, *Summa*, p. 382 : « Et quidem maternitas legitima et naturalis per testes probari potest, scilicet per obstetrices qui adfuerunt. »

ont pour père le mari[1]. Sur quoi reposait-elle ? Il est remarquable que les canonistes ne lui donnaient point pour fondement le mariage lui-même et la fidélité que se doivent les époux. Hostiensis donne une explication qui paraît lui être propre et qui rappelle la conception des législations primitives[2] : il considère que les enfants appartiennent au mari, comme la récolte appartient au propriétaire du champ[3]. Mais la majorité des canonistes faisaient reposer la présomption sur le fait même de la vie commune et des relations habituelles. Ce qui le prouve, c'est qu'il l'admettaient également dans le cas d'un simple concubinage. La paternité naturelle était alors prouvée exactement comme la paternité légitime[4], sans qu'il

1. Panormit., sur c. IV, X, *Qui filii*, n° 8 : « Vult dicere (glossa) quod ex quo quis natus est de uxore alicujus, præsumitur filius istius, nam filiatio ex parte patris non potest probari. Ideo dixit lex quod mater est certa, pater autem est ille, id est præsumitur, quem nuptiæ demonstrant. »

2. Voyez mes *Mélanges d'histoire du droit*, p. 8.

3. *Summa*, p. 382 : « Paternitas autem probatur per nuptias, nam quicunque semen apposuerit, marito acquiritur, quia est dominus ventris. » — C'est par le même raisonnement qu'Hostiensis explique comment, lorsque la mère est serve et le père libre, les enfants suivent la condition de la mère et sont soumis au seigneur de celle-ci; *Summa*, p. 366 : « Sed quæritur ratio quare servus sequatur ventrem, quia secundum naturam quodlibet agens subjecto debet dominari, et apostolus dicit quod omnis anima debet subesse superiori; unde et mulier subjecta est viro tanquam superiori et capiti, ideo partus debet sequi conditionem patris, tanquam digniori, et non matris. Nam et secundum physicos semen hominis dignius est et magis operatur in generatione quam semen mulieris. Ergo est contra naturam et contra jus, sicut objecit mihi magister Raymundus medicus. Responde, licet vir ponat semen pro majori parte vel magis operetur, tamen mater nutrit et in ventre vivificatur partus, unde fructus sequitur terram, sive sit libera, sive sit serva, et ejus domini fit. »

4. Panormit., sur c. IV, X, *Qui filii*, n° 8 : « Si pater cohabitabat uxori, tunc præsumitur filiius suus... et idem dicitur de eo qui nascitur ex concubina retenta in domo, ut præsumatur filius concubinarii... Conclude quod si probatur natus ex muliere retenta in domo, satis probatur filius mariti seu concubinarii, nec crederetur verbo patris asserentis contrarium, quia non potest pater filium non agnoscere, maxime si fama viciniæ est pro filiatione. » — Glose sur c. XIII, X, *De fil. presbyt.*, I, 17, v° *Constiterit* : « Si natus fuit ex illa quam tenebat secum publice in domo pro concubina, præsumitur filius illius, sicut aliquis præsumitur filius quia natus est in matrimonio, quia pater est is quem nuptiæ demonstrant. »

y eût besoin de l'aveu du père[1], et sans que celui-ci pût la faire tomber par une dénégation.

Cette présomption ne pouvait pas être librement combattue par la preuve contraire. Pour la renverser, il fallait que le mari établît qu'à l'époque où s'était placée la conception il n'avait pas pu avoir de commerce avec sa femme : un adultère commis par celle-ci et prouvé ne suffisait pas pour faire tomber la présomption[2]. Les règles de ce désaveu étaient assez lâches d'ailleurs, car le droit canonique ne déterminait pas comment pouvait être établie l'impossibilité des relations conjugales, et il n'avait pas fixé non plus la durée de la gestation[3].

Outre la preuve directe de la maternité et la preuve par présomption de la paternité, la possession d'état pouvait encore

1. Voyez cependant Hostiensis, *Summa*, p. 382 : « Naturalis (filiatio probatur) per testes et famam et recognitionem et affectionem. » Mais il s'agit là sûrement d'un enfant naturel qui n'est pas né d'une concubine *retenta in domo*.

2. Panormit., sur c. XII, X. *Qui filii*, n° 8 : « Hoc procedit si maritus erat præsens; secus si fuisset absens tanto tempore quod non potuisset istum generare, nam tunc potuisset istum negare in filium et uxorem convincere de adulterio; finge enim quod absens per biennium reperit filium domo trium mensium. Sed si pater cohabitabat uxori, tunc præsumitur filius suus etsi probaret quod eo tempore uxor commisisset adulterium cum alio; nam, cum posset esse filius utriusque, debemus præsumere pro favore filiationis quod sit potius mariti quam adulteri. » — Le même sur c. IV, X, *Qui filii*, n° 2 : « Nota quod potest quis probari filius adulteri, licet mulier moretur cum marito; quod intelligo, quando potest probari quod tempore conceptionis maritus non utebatur cum conjuge, alias puto contrarium. » — Le même sur c. XIV, X, *De purg. canon.*, n° 6 : « Et in quantum glossa dicit sufficere probare quem fuisse genitum ex uxore Titii, ut inferatur ipsum esse filium Titii, dic hoc procedere etiam si Titius negaret ipsum esse filium suum, quia ex quo quis est natus ex uxore alicujus, præsumitur natus ex marito nec potest maritus eum non cognoscere in filium suum, nisi probaret tempore conceptionis eum fuisse absentem, vel impotentem ad generandum. Et idem dic si mater postea assereret ipsum esse filium alterius quam mariti, ut non credatur ei in præjudicium filii, quod videtur procedere, etiamsi probetur quod tempore conceptionis mater habebat concubitum cum alio. »

3. Yves de Chartres, *Ep. CCV*, p. 358 : « Opponens ei (uxori tuæ) non esse genitum ex te quod peperit, dum morareris in Anglia, propter ea quod computatis diebus qui sunt inter conceptum et partum, inventi sunt minus septem dies quam consuetudo credebatur habere parientium... De conjectura dierum

établir la filiation légitime. Ici, d'ailleurs, comme pour la preuve du mariage, la possession d'état était entendue d'une façon très large, et l'on se contentait souvent d'un seul des éléments dont a réunion est requise parmi nous pour la constituer [1].

II

L'un des éléments essentiels de la filiation légitime étant la conception ou la naissance en légitime mariage, si le mariage contracté entre le père et la mère était nul en droit par suite d'un empêchement dirimant, la logique voulait que les enfants issus de cette union fussent déclarés illégitimes. Le droit romain avait suivi cette logique sans songer à en atténuer la rigueur [2], et le droit canonique de l'Église orientale est resté fidèle à ces principes [3]. En Occident, il en fut de même pendant

qui abesse dicuntur, respondeo quia nullum tibi certum faciunt argumentum, cum honestæ mulieres et veteranæ causa veritatis inquirendæ a nobis interrogatæ manifeste responderint non semper intra eumdem terminum dierum contingere solere puerperium, cum secundum alacritatem naturæ vel imbecillitatem nunc paulo celerius, nunc paulo tardius post conceptum soleant contingere partus. » — Cf. Le Ridant, *Code matrimonial*, v° *Naissances tardives*.

1. Panormit., sur c. III, X, *Qui filii*, n° 8 : « Sed ut plenius habeas hanc materiam, cum quæritur qualiter filiatio probetur, capiendo aliqua ex dictis domini Antonii hic concludo... Aut probatur solum tractatus parentum, quia eum tractabant ut filium et iste illos ut parentes, et ex hoc solo probatur filius... Aut probatur sola fama, et tunc si nihil probatur in contrarium, illa sufficit ad probandam filiationem, quia cum hæc res de facili probari non possit, sufficiunt illæ probationes conjecturales, quod tenet hic dominus Antonius. Istud tamen dictum videtur satis durum quod sola fama, sine probatione tractatus seu sine vocatione parentum, debeat plene probare in præjudicium venientium ab intestato, cum regulariter fama non probet. Quandoque fama viciniæ habet unum et dictum parentum habet oppositum, et standum est dicto parentum ut hic. Quandoque parentes negant aliquem filium, et ille est in possessione filiationis, et non statur dicto parentum, ut hic juncta glossa; secus ubi filius non esset in possessione filiationis; et in finali notat glossa quod, concurrentibus contrariis præsumptionibus, standum est fortiori; si autem nulla es fortior, tunc mutuo se tollent. »

2. L. 6, C. V, 5.

3. Zhishman, *op. cit.*, p. 700 et suiv.

fort longtemps : au XI[e] siècle encore, les *Exceptiones Petri* reproduisent cette doctrine[1]. Mais, dans le cours du siècle suivant, le droit canonique se départit de cette logique rigoureuse et créa la théorie du mariage putatif. Il admit que, si l'un des conjoints avait été de bonne foi, avait ignoré lors du contrat l'empêchement dirimant, le mariage, quoique nul, produirait tous les effets d'un mariage légitime pour le temps qui aurait précédé la déclaration de nullité et quant aux enfants nés ou conçus à cette époque. Mais, pour cela, la bonne foi ne suffisait pas; il fallait en outre que le mariage eût été contracté *in facie Ecclesiæ* : le mariage clandestin, alors même que la preuve en était possible, ne pouvait jamais constituer un mariage putatif[2]. Lorsque, au quatrième concile de Latran, la publication préalable des bans eût été imposée, il fallut aussi que cette formalité eût été remplie pour que le mariage pût jouir de cette faveur[3].

Cette théorie du mariage putatif est nettement sanctionnée par le droit des décrétales depuis Alexandre III[4]. Mais ce n'est pas la législation qui l'avait introduite; elle était le produit de la doctrine et de l'interprétation. C'est dans Pierre Lombard que je la trouve pour la première fois, mais elle est déjà toute formée. Nous y voyons également le travail de préparation dont elle était sortie. Deux conceptions s'étaient produites, tendant l'une et l'autre à corriger la rigueur première. Les uns, et c'est l'idée qui triompha, reconnaissaient

1. *Petr.*, I, 39 (éd. Savigny), p. 342 : « Unum tamen non dubites quod si quis incestas contraxerit nuptias, *sciens vel ignorans*, filii, qui probabuntur nati ex tam incesto coitu, nullo modo, nullo tempore patri vel matri succedere poterunt, nisi inconcussa triginta annorum possessio defendat eos. » — On ne saurait alléguer qu'ici Petrus, comme en d'autres passages, rapporte le pur droit romain, sans tenir compte du droit canonique, car le chapitre débute ainsi : « Si quis cognatam suam intra septimam generationem duxerit uxorem, vel monacham, quam legibus et canonibus copulari prohibitum est. »

2. CC. II, X, X, *Qui filii*, IV, 17.

3. C. III, X, *De cland. matr.*, IV, 3.

4. C. II (Alex. III); c. X (Celest. III), X, *Qui filii*, IV, 17; c. III (Inn. III), X, *De cland. matr.*, IV, 3.

bien, en présence d'un empêchement dirimant, qu'en droit il n'y avait pas eu mariage; mais, excusant les contractants du délit qu'ils avaient commis sans le savoir, ils déclaraient qu'il y avait eu dans l'espèce un *quasi-conjugium*, d'où la légitimité des enfants. Les autres admettaient qu'en droit il y avait eu mariage jusqu'à la déclaration de nullité, ce qui montre que l'idée de l'indissolubilité du mariage n'était pas encore profondément enracinée; et ils invoquaient dans ce sens les textes qui appellent *conjugia* les mariages de fait contractés entre parents au degré prohibé[1]. Nous voyons là les raisonnements par lesquels on justifia tout d'abord la théorie nouvelle, qui assurait la légitimité aux enfants, tout en annulant le mariage. Mais on peut affirmer que la cause profonde qui la fit recevoir fut la rigueur du droit canonique quant aux empêchements fondés sur la parenté et sur l'alliance. Étant donnée la portée qu'ils avaient atteinte, quantité de personnes pouvaient, de la meilleure foi du monde et sans faute grave de leur part, contracter des unions nulles. Un correctif semblable s'imposait.

Si la théorie du mariage putatif est toute formée dans Pierre Lombard, Gratien au contraire ne la connaît pas. Il pose en termes généraux la question de savoir si les enfants issus d'unions incestueuses sont légitimes; mais il y répond simplement par un texte emprunté à saint Augustin, qui, lui-même, ne contient qu'une interrogation[2]; et la tradition inter-

1. *Sent.*, *lib. IV*, D. XLI, *C* : « Et est sciendum quod Ecclesia infra prædictos gradus consanguinitatis conjunctos separat. Si autem ignoranter conjuncti fuerint in conspectu Ecclesiæ, et postea, probata consanguinitate, ejusdem judicio separati, quæritur utrum copula illa conjugium fuerit. Quibusdam videtur non fuisse conjugium, quia non erant legitimæ personæ; sed tamen de crimine excusantur per ignorantiam et quasi conjugium reputatur, quia bona fide et per manum Ecclesiæ convenerunt. Unde et filii eorum legitimi habentur. Alii vero dicunt fuisse conjugium, licet non essent legitimæ personæ; quia talium conjunctiones vocant canones conjugia, ubi de personis agitur, quarum testimonio consanguineorum sit dirimenda conjunctio. » — Pierre Lombard semble se placer à ce second point de vue, car, après un certain nombre de citations, il termine ainsi : « Ecce quibus accusantibus vel testificantibus dirimenda sit consanguineorum conjunctio, quæ conjugium vocatur. »

2. C. XXXV, qu. 7 : « Quod autem quæritur si illi qui de incestuosis nas-

prétait ce passage en ce sens qu'il contenait l'ancienne doctrine de l'illégitimité absolue des enfants, car la glose juge nécessaire de le rectifier sur ce point[1]. Gratien mentionne seulement que l'Église, par tolérance, a pu parfois ne pas annuler les mariages contractés entre parents, et, par ce moyen, assurer la légitimité des enfants[2]. On peut donc considérer que la théorie du mariage putatif, comme celle des *sponsalia per verba de præsenti*, est une création de l'*Ecclesia Gallicana*, qui se fit recevoir dans le droit canonique commun. Les canonistes postérieurs y apportèrent peu de chose; ils précisèrent cependant quelques points délicats.

L'élément vraiment générateur du mariage putatif, c'était la bonne foi des conjoints. On se demanda donc si elle ne devait pas être considérée indépendamment pour chacun d'eux, de sorte que, si elle existait chez l'un et non chez l'autre, l'enfant serait déclaré légitime seulement par rapport à l'époux *ignorans*. Cette opinion eut ses partisans et parmi eux des canonistes de premier rang. Mais la tradition contraire du droit romain en ce qui concerne les questions de liberté, les inconvénients pratiques que présentait cette doctrine, la firent rejeter[3].

cuntur filii reputentur, Augustinus in libro quæstionum super Leviticum, cap. seu quæst. 76, determinat ita dicens : Quid est... cum filii ex hujusmodi conjunctionibus et ante nati sint et hodie nascantur? An hoc intelligendum est lege Dei constitutum, ut quicumque ex eis nati fuerint non deputentur filii, id est nullo parentibus jure succedant? »

1. V^is *Quod autem* : « Si parentes nesciunt impedimentum, non est dubium quin filii sint legitimi. »

2. C. XXXV, qu. 8 : « De his vero qui *ignoranter* conjuncti sunt, in quo gradu consanguinitatis vel affinitatis ex dispensatione Ecclesiæ relinquantur. »

3. Glose sur C. XXXV, qu. 7, v^is *Quod autem* : « Si autem unus scivit et alter nescivit, dicunt quidam quod quantum ad scientem non sunt legitimi, sed quantum ad ignorantem sunt. Sed licet H(ugutio) et L(aurentius) ita dixerint, tamen probatur eorum distinctio; quia inconveniens esset quod aliquis esset partim legitimus et partim illegitimus, sicut nemo potest esse partim liber et partim servus, ff. *De lib. causa*, Duobus. Sed si ambo parentes sciunt impedimentum, filii non sunt legitimi, licet Ecclesia habuit illud pro matrimonio. » — Gofredus, *Summa*, p. 189 : « Sed hoc non placet, nam hoc monstruosum esset aliquem pro parte fore legitimum pro parte illegitimum. »

Il suffit de la bonne foi d'un seul des conjoints pour que l'enfant fût réputé légitime à l'égard de tous les deux.

On se posa aussi la question de savoir si l'erreur de droit pouvait être prise en considération et produire la bonne foi aussi bien que l'erreur de fait; mais il ne semble pas que la doctrine sur ce point fût parfaitement claire[1].

Enfin il est certain que tout l'effet du mariage putatif se borna d'abord à assurer la légitimité des enfants; mais on devait aller plus loin et faire aussi participer les époux à ce bienfait, dans leur intérêt personnel. Les avantages pécuniaires qu'un mariage valable leur eût assurés furent maintenus à raison de la bonne foi. C'est ce qu'indique déjà Parnormitanus[2].

III

Le second effet que produit, quant aux enfants, le mariage légitime, c'est de légitimer les enfants naturels qui sont nés antérieurement du commerce des deux conjoints.

En ce qui concerne les enfants illégitimes, le droit canonique s'est étroitement attaché au droit romain. Avec lui il distingue les enfants naturels proprement dits, nés d'une concubine *retenta in domo* et d'un homme non marié; les *spurii*, nés d'une

1. Panormit., sur c. VIII, X, *Qui filii*, n° 5. (Il s'agit d'un cas où la femme, dont le mari était absent depuis de longues années, s'est remariée avec l'autorisation de l'évêque) : « Quarta lectura ponitur in fine glossæ, quod iste episcopus male processerit, sed quia mulier nupsit authoritate Ecclesiæ, filii debent esse legitimi. Nota singularem istam lecturam, ex qua habes quod licet sententia separationis sit nulla, ex quo lata est ab Ecclesia filii geniti ex alio matrimonio sunt legitimi. Ego tamen aliquantulum dubito utrum sit vera, quia error juris non debet excusare etiam mulierem nisi in casibus expressis, nisi dicamus quod error erat probabilis et habet realiter excusare. »

2. Sur c. II, X, *De don. inter vir*, IV, 20, n° 3 : « Secundum consuetudinem quorumdam locorum acquisita per alterum conjugum stante matrimonio efficiantur communia et veniunt dividenda soluto matrimonio, et secundum istum intellectum colligo tales consuetudines vel statuta vim habere sibi locum et in matrimonio putativo, et sic, declarato matrimonio (nullo), illa bona per alterum acquisita veniunt dividenda ac si matrimonium teneret. » — Voyez, pour le droit postérieur, Gonzalez Tellez, sur c. II, X, IV, 17, n^{os} 5 et suiv.

femme *soluta* et d'un homme également libre, mais sans qu'il y ait eu entre eux cohabitation publique; enfin les enfants adultérins ou incestueux, issus du commerce entre deux personnes dont l'une était mariée ou parente de l'autre. De même, quant aux droits que ces diverses catégories d'enfants illégitimes pouvaient avoir à l'égard de leurs parents, le droit canonique se référait en principe au droit romain, tel qu'il était contenu dans la Compilation de Justinien[1]. On avait douté, cependant, que les *liberi naturales* eussent des droits successoraux[2], et, d'autre part, le droit canonique accordait aux enfants adultérins et incestueux des aliments, que le droit romain leur refusait[3]. Les canonistes avait également précisé la manière dont pouvait être établie la filiation illégitime. La filiation maternelle se prouvait par les modes de droit commun ; quant à la filiation paternelle, il fallait distinguer. Pour l'enfant naturel proprement dit, celui qui était né d'une concubine *retenta in domo*, nous savons qu'elle s'établissait par la même présomption que pour les enfants légitimes, et il en était de même pour l'enfant né d'un mariage nul et contracté de mauvaise foi par les deux époux. Quant aux *spurii* et *vulgo concepti*, par la force des choses, la paternité ne pouvait être établie que par la reconnaissance du père. Mais celle-ci était considérée comme un simple fait, non comme un acte juridique soumis à des conditions ou à des formes déterminées; de quelque manière qu'elle intervînt, elle faisait également preuve de la filia-

1. Voyez les docteurs sur c. VI, X, *Qui filii*, IV, 17. — Gofredus, *Summa*, p. 188, v°; Hostiensis, *Summa*, p. 380 v°.

2. Panormit., sur c. VI, X, *Qui filii*, n° 12 : « Sed Go(fredus) fuit in contraria opinione, quia, cum de jure canonico omnis coitus præter uxorium sit expresse reprobatus, non debent isti parentibus in aliquo succedere. Sed Hostiensis ibi sentit oppositum... et hæc opinio plus placet mihi, quia in hæreditatibus standum est juri civili, ex quo jus canonicum non expresse disponit in contrarium. »

3. Panormit., sur c. VI, X *Qui filii*, n° 12 : « Quinimo natis ex coitu reprobato jura civilia denegant alimenta ut in auth. Ex complexu, C. *De incest. nupt.* Sed de jure canonico alimenta præstantur propter æquitatem naturalem. Numquid autem aliquid possit relinqui istis filiis? Dic quod sic propter alimenta, item pro dote. »

tion. La possession d'état était, par là même, admise comme preuve, et c'était la meilleure preuve à fournir[1]. La preuve contraire était admise.

Le droit canonique avait également emprunté au droit romain l'institution de la légitimation des enfants illégitimes. Les canonistes anciens rappellent même soigneusement tous les modes de légitimation reconnus par la législation des Pandectes, du Code et des Novelles, jusqu'à ceux qui comportaient un état de choses disparu depuis des siècles, tel que l'oblation à la curie[2]. Mais un seul mode de légitimation doit être examiné ici, celui qui s'opérait par mariage subséquent; car c'est le seul qui resta pratique et s'est transmis jusqu'à nous; c'est le seul aussi que le droit canonique enrichit de nouvelles règles.

La légitimation par mariage subséquent avait été introduite par Constantin, puis admise par Zénon[3]. Mais ce n'avaient été là que des mesures extraordinaires et temporaires ayant pour but de pousser, à un moment donné, les concubins au mariage, en leur permettant de légitimer les enfants nés du *concubinatus*. C'est seulement sous Justinien qu'elle entra à titre permanent et définitif dans le droit romain[4]. Il faut le rappeler, elle ne s'appliquait qu'aux *liberi naturales*, nés dans un concubinat proprement dit.

1. Hostiensis, *Summa*, p. 382 : » Quid de spuria paternitate? Certe vulgo conceptus non potest patrem ostendere. Natus de adulterio ostendit, sed non licet nominare. Verumtamen et hoc probatur per famam et affectionem et nominationem sive confessionem illius cui dicitur filius. » — Glose sur c. x, X, *De fil. presbyt.*, I, 17 : « Sed si non fuit natus de tali (concubina), quomodo probabitur? Responde ex eo quod vocabat illum filium et ille appellabat eum patrem et communiter habebatur et nominabatur filius, et ex dilectione sola discernitur quis cujus filius approbatur. Sed videtur quod talis nominatio non probet illum filium, quia contrariam admittit probationem; bene statur nominationi, nisi expresse contrarium probatur. » — Cf. c. x, *De probat.*, II, 19, et la glose : « Bene dicit, *nominatus et habitus*, nam sola nominatio non facit filium. » Ce dernier texte montre combien un pareil système était fécond en difficultés.

2. Gofredus, *Summa*, p. 188; Hostiensis, *Summa*, p. 381 r°.

3. L. 5, C. *De nat. lib.*, V, 27.

4. L. 10, C. *De nat. lib.*, V, 27.

Le droit canonique recueillit cette institution et la transforma en la précisant.

1° Il en étendit la portée, en l'appliquant aux *spurii* dont la filiation paternelle était prouvée, aussi bien qu'aux enfants naturels *stricto sensu*, à tous les enfants, en un mot, nés en dehors du mariage *ex soluto et soluta*. Cette extension était logique et forcée, car l'Église, après l'avoir toléré d'abord, fit une guerre acharnée au concubinat du droit romain. Celui-ci n'eut plus pour elle la valeur d'une condition légale, analogue au mariage quoique inférieure en dignité; ce ne fut plus qu'un état continu de fornication. La même transformation se produisit d'ailleurs en Orient[1]; mais, pour logique qu'elle fût, elle ne se fit pas recevoir sans difficulté parmi les canonistes, tant était forte sur leur esprit l'influence du droit romain[2]. Cette doctrine large et nouvelle finit par prévaloir[3].

1. Zhishman, *op. cit.*, p. 724.

2. Gofredus, *Summa*, p. 188 : « Octo modis legitimantur filii naturales, Primo, si qui concubinam suam duxerit in uxorem, legitimatur filius naturalis non spurius. »

3. C. xx, X. *De elect.*, I, 6 (Il s'agit d'une personne ainsi légitimée dont la mère et le père n'avaient eu, avant leur mariage, que des relations très fugitives) : « Quam nunquam pater ejus habuerat uxorem sed matris ejus virginitatem præripuit quasi furtim. » — Hostiensis, *Summa*, p. 384 : « Vere autem legitimantur naturales quando pater cum matre eorum contrahit..... et licet distinguat (lex) utrum concubina fuerit vel libera... nos tamen dicimus priores legitimari. » — Panormit., sur c. VI, X, *Qui filii*, n° 12 : « Quæro numquid nati ante matrimonium indistincte efficiantur legitimi post contractum matrimonii. Jo(annes) An(dreæ) in quadam apostilla videtur ponere regulam quod, ex quocumque coitu nati sint, dummodo potuerit esse uxor ejus si consensus affuisset, legitimantur per sequens matrimonium... Adverte diligenter, nam ex primo dicto Jo(annis) An(dreæ) sequitur quod nati ex soluta indistincte efficiantur legitimi, quanquam inter eos non esset concubinatus. Contrarium reperio apte tenere Bar(tolum) in l. In concubinatu, ff. *De concub.*, ubi dicit per sequens matrimonium solum legitimari natos ex concubina retenta in domo, et credo quod verum dixit inspecto jure civili. In contrarium allego glossam ordinariam in c. xx, X, *De elect.*, quam tenet ibi Jo(annes) An(dreæ), et Gofredum in *Summa*, *De filiis presbyt.*, et Compostel(lanum) in c. xx, X, *De elect.*, et placet mihi hæc opinio, inspecta mente canonum. Nam ista littera non fundat se super concubinatu sed indistincte propter potentiam matrimonii legitimat ante natos vel genitos, nec debemus advertere ad concubinatum, quia concubinatus est expresse damnatus jure canonico (c. IV, C. XXXII, qu. 4). Et ex contraria opinione sequeretur quod magis faveretur

Une seule restriction était apportée quant aux enfants qui pouvaient bénéficier de la légitimation par mariage subséquent. Celle-ci était inadmissible lorsque, à l'époque de la naissance de l'enfant, le mariage eût été impossible entre le père et la mère. Cela excluait la légitimation des enfants adultérins [1] et incestueux et de bien d'autres encore ; on justifiait la règle en ramenant cette légitimation à une véritable fiction de droit, qui faisait rétroagir les effets du mariage au jour de la naissance des enfants naturels. Cette idée, dont le germe se trouvait déjà dans la loi romaine[2], est très nettement formulée par Gofredus[3], Johannes Andreæ et Panormitanus[4]; on l'exprimait par cette maxime : *Matrimonium sequens omnia præcedentia purgat et ille tanquam legitimus est habendus*[5]. C'est par elle qu'on arrivait à décider, non sans se permettre parfois quelque inconséquence, que l'enfant légitimé, *jure canonico*, avait tous les droits de l'enfant légitime [6]. Elle expliquait très bien comment la légitimation ne se produisait pas, lorsque le mariage avait été impossible en droit lors de la naissance de l'enfant, car c'était la conséquence d'un principe général sur la manière dont opéraient les fictions. On tenait, en effet, que, pour qu'une fiction pût faire rétroagir un acte de droit, il fallait que cet acte eût été possible à deux moments : au moment où il se produisait réellement et au moment où on le supposait déjà fictivement accompli[7]. Cela conduisait aussi à exclure la légitimation,

peccato diuturno et continuo quam momentaneo. Sed jus civile tempore suo bonam habuit considerationem, quia concubinatus cum (non) esset damnatus, ideo ex illo genitos voluit legitimare; sed cum jus canonicum magis reprobat concubinatum quam fornicationem simplicem, fortius debent legitimari nati sine concubinatu quam in concubinatu. »

1. C. VI, X, *Qui filii*, IV, 7.

2. L. 10, C., *De nat. lib.*, V, 27.

3. *Summa*, pp. 35, 36.

4. Panormit., sur c. VI, X, IV, 17, n° 2 : « Sic propter bonum matrimonii, quod est favorabile, fingitur matrimonium a principio fuisse contractum. »

5. Glose sur c. XX, X, *De elect.*, I, 6.

6. Panormit., sur c. VI, X, IV, 17, n^{os} 4 et suiv.

7. Panormit., sur c. VI, X, *Qui filii*, n° 14 : « Quia matrimonium in hoc casu non potest retrotrahi ad tempus nativitatis, nam ad hoc ut fictio operetur vim suam, oportet quod habeat extrema habilia, scilicet tempus ad quod et

lorsqu'au jour de la naissance il existait un empêchement dirimant, que, postérieurement, une dispense avait fait disparaître, rendant ainsi le mariage possible entre le père et la mère de l'enfant[1]; cependant, sur ce dernier point, les docteurs n'étaient pas très fermes. Tous les canonistes, d'ailleurs, n'adoptaient pas cette manière de voir. Quelques-uns déclaraient qu'il suffisait que l'empêchement, existant au moment de la naissance, eût disparu lors du mariage postérieurement contracté entre le père et la mère, pour que la légitimation se produisît : ils n'admettaient qu'une exception à cette règle en vertu d'un texte formel[2], celle qui excluait la légitimation des enfants adultérins; ils se refusaient à étendre cette exception à d'autres hypothèses[3].

On admettait, d'ailleurs, une solution contradictoire, au moins en apparence, avec la rétroactivité du mariage. L'existence d'un mariage contracté par l'un des parents avec un tiers, intermédiaire entre la naissance des enfants et le mariage du père et de la mère, n'empêchait pas la légitimation de se produire[4].

tempus a quo (ut notatur in l. Si is qui pro emptore, ff. *De usuc.*). Conclude ergo quod ubi coitus non poterat esse uxorius, obstante aliquo impedimento non revocabili sine dispensatione Ecclesiæ, non legitimantur filii per subsequens matrimonium, et sic intellige istum textum; nam ea ratio quæ est in existentia matrimonii procedit in quolibet alio impedimento perpetuo. » — Gonzalez Tellez, sur c. 1, X, IV, 17, n° 12 : « Cum hæc legitimatio procedat mediante fictione et retrotractatione ipsius matrimonii, necessarium est quod detur habilitas extremorum. »

1. Panormit., *loc. cit.* : « Idem dicit Vincen(tius) in natis ex coitu incestuoso; licet postmodum contrahat matrimonium per dispensationem Ecclesiæ, non tamen filii antea geniti legitimantur, quia tunc non poterat esse matrimonium, obstante impedimento consanguinitatis vel affinitatis, *nisi aliud dicatur in dispensatione.* »

2. C. VI, X, *Qui filii*, IV, 17.

3. Panormit., sur c. VI, X, *Qui filii*, n° 14 : « Ad id quod dixi de nato ex Saraceno (Saracenus habuit filium ex christiana et postea fit christiánus et cum illa contrahit) Gaspar(dus) de Cal(derinis) tenet hic contrarium, dicens quod cum iste textus non excipiat nisi unum casum, non debemus impedire legitimationem in casu prædicto, nam poterat esse matrimonium si ille effectus esset christianus, unde satis est quod non suberat impedimentum perpetuum. »

4. Gofredus, *Summa*, p. 36; Panormit., sur c. VI, X, *Qui filii*, n° 3 : « Nota ibi quod jus istud non requirit ut nullum matrimonium sit intermedium, sci-

Mais il faut remarquer que cela était conforme aux principes admis quant à l'opération des fictions juridiques emportant rétroactivité : pour qu'elles produisissent leur effet, il était nécessaire mais suffisant que l'acte fût possible aux deux points extrêmes : *Oportet extrema esse habilia, interregna non nocent.*

2° Pour qu'il y eût légitimation par mariage subséquent, le droit romain exigeait encore deux choses : qu'il fût dressé des *tabulæ dotales*, et que la concubine, lors de la naissance des enfants, eût été une personne libre. Le droit canonique supprima cette double exigence [1].

3° Le mariage opérait de plein droit, par sa seule force et puissance, la légitimation des enfants procréés antérieurement par le mari et par la femme [2]. Pour cela, aucune manifestation de volonté n'était nécessaire : il suffisait que la filiation paternelle et maternelle des enfants pût être établie. Sans doute, pour faciliter cette preuve et écarter toute difficulté, la coutume populaire eut soin de faire figurer les enfants à la

licet inter nativitatem filiorum et contractum matrimonium cum illa muliere. Et ex hoc infertur quod si habens filios ex concubina contrahat cum alia muliere, et, ea mortua, contrahat cum concubina, quod filii legitimantur, non obstante matrimonio intermedio, et ita decidit Jo(annes) An(dreæ). »

1. Panormit., sur c. VI, X, *Qui filii*, n° 2 : « Ex hac littera infertur ad quæstionem numquid indistincte per subsequens matrimonium legitimentur antea geniti. Et videtur quod non; quia jura civilia requirunt quod matrimonium contrahatur cum instrumento dotali, unde secundum leges, ubi non intervenit instrumentum dotale non sufficit matrimonium ad legitimationem filiorum antea genitorum, et ita expresse sentit Bal(dus). Sed canonistæ moderni communiter tenent oppositum, ut per Gaspar(dum) de Cal(derinis) et dominum Antonium, et ita pluries in facto respondi sequendo hanc opinionem, pro qua aperte facit iste textus, qui fundat se super potentia et virtute matrimonii, ad cujus esse non requiritur instrumentum dotale, et sic legistæ in practica communiter sequuntur hoc dictum. » — Hostiensis, *Summa*, p. 384 : « Licet distinguat (lex) utrum concubina fuerit serva vel libera, quia, si serva et manumittatur, non efficiuntur legitimi nisi nati post matrimonium, si tamen exstant legitimi ex alia uxore suscepti, nos tamen dicimus etiam priores legitimari. Nam idem dico etiamsi serva sit. Quamvis enim filii ex ancilla suscepti non sunt legitimi quoad successiones vel alios actus civiles, tamen sunt legitimi, id est de legitimo coitu nati, et inter tales est matrimonium secundum nos. »

2. C. VI, X, *Qui filii*, IV, 17 : « Tanta est vis matrimonii, ut qui antea sunt geniti, post contractum matrimonium legitimi habeantur. »

cérémonie même du mariage qui les légitimait, en traduisant par quelque symbole le lien qui les rattachait à leurs parents[1]. Mais, *jure canonico*, aucune reconnaissance n'était alors nécessaire de la part du père et de la mère. Bien plus, le mariage étant contracté entre eux, la légitimation des enfants n'aurait pas pu être écartée par un acte de leur volonté.

Par une conséquence logique, le consentement des enfants n'était pas non plus nécessaire, et leur refus ne pouvait pas empêcher la légitimation de s'accomplir à leur profit. La législation de Justinien avait cependant subordonné toute légitimation à ce consentement[2] et quelques canonistes s'en tenaient à cette décision ; mais la doctrine dominante se fixa en sens contraire[3]. De la même idée on déduisait aussi que le mariage subséquent légitimait les enfants prédécédés[4], ce qui profitait aux petits-fils encore vivants,

Un mariage putatif, comme un mariage valable, opérait la légitimation des enfants naturels.

1. C'est ainsi qu'en France on les mettait *sous le poêle* : Loisel, *Institutes coutumières*, livre I, tit. I, règle 40 : « Enfans nés avant le mariage, mis sous le poêle, sont légitimés. » Et les notes de Laurière.

2. *Nov.* 89, c. XI : « Generaliter autem in omnibus qui per prædictos modos deducuntur ad legitimum jus, tunc hoc volumus obtinere, dum hoc filii ratum habuerint. »

3. Gonzalez Tellez, sur c. I, X, IV, 17, n° 13 : « Sciendum est dubium esse utrum ad hanc filiorum legitimationem eorum consensus desideretur. Et affirmativam sententiam tenuerunt plures..., moti auctoritate textus in dicta authentica. Sed contrarium verius est, videlicet legitimationem hanc adeo ex vi et effectu matrimonii provenire ut etiam reclamantes filii per subsequens legitimentur. Et probatur quia effectus a jure ipso inductus non potest per voluntatem filiorum impediri. »

4. Gonzalez Tellez, sur c. VI, X, IV, 17, note *c* : « Nec tantum filii naturales legitimantur per subsequens matrimonium verum et nepotes ex filio naturali prædefuncto suscepti ex legitimoque matrimonio procreati (Baldus in XX, X, *De elect.*, n° 11 ; Covarruvias, *De matrim.*, par. II, c. VIII, § 2, n° 19). Nam hæc legitimatio inducta est favore matrimonii, mediante retractatione, et sic virtute ipsius matrimonii nonvero ex transmissione patris ad filium, et per consequens non est necessarium quod filius decedat legitimus, ad hoc ut per subsequens avi matrimonium legitimentur. »

CHAPITRE II

Le divorce et la séparation des époux.

L'évolution de la législation ecclésiastique sur le divorce. — Les textes évangéliques et apostoliques; l'interprétation des Pères de l'Église. — II. La législation ancienne des conciles. — III. Les *libri pœnitentiales* et les capitulaires des rois francs. — IV. L'indissolubilité absolue; Hincmar de Reims; Yves de Chartres. — V. La doctrine de Gratien et de Pierre Lombard. — VI. Les décrétales du XII[e] siècle; les dernières traces du divorce. L'Église d'Orient. — VII. La nouvelle conception du *divortium*. — VIII. Le *divortium quoad torum* : son caractère, ses causes. — IX. Les effets du *divortium quoad torum*.

L'un des traits caractéristiques du mariage en droit canonique, c'est l'indissolubilité du lien conjugal. Dès la première partie de ce travail, j'ai dégagé le principe et j'ai indiqué comment on le justifie[1]. J'ai montré ensuite à partir de quel moment un mariage devient véritablement indissoluble, et quelles exceptions au principe se sont maintenues définitivement dans le droit canonique[2]. Mais cette exposition supposait la règle fondamentale établie; elle supposait que l'Église a éliminé le divorce de sa législation. Or ce travail d'élimination a été très lent; pendant des siècles l'Église a dû transiger avec le divorce, comme je l'ai déjà constaté en faisant l'histoire de plusieurs empêchements dirimants. Il faut maintenant reprendre cette évolution dans son ensemble, pour en saisir exactement le sens et la portée.

1. Ci-dessus, tome I, pp. 64 et suiv.
2. Ci-dessus, tome I, pp. 129 et suiv.

L'Église eut à compter, dès le début, et pendant des siècles, avec des législations qui admettaient largement le divorce, et, d'une façon plus générale, la dissolution du mariage du vivant même des époux. Le droit romain du Haut-Empire connaissait, en dehors de la mort, deux causes de dissolution du mariage, le divorce et la réduction en esclavage de l'un des époux [1]. Il admettait le divorce, dans la plus large mesure, au profit de la femme aussi bien que du mari. Jamais, pour le prononcer, l'intervention du juge n'était exigée ; à peine était-il nécessaire d'observer certaines formes, destinées à en assurer le sérieux et à en fournir la preuve. Non seulement le divorce était toujours possible par le consentement mutuel des époux, mais encore la répudiation unilatérale était toujours efficace, à peine frappée de quelques peines civiles lorsqu'elle avait été imprudente et peu justifiée. Les lois des empereurs chrétiens réagirent contre ce divorce effréné, mais dans une mesure restreinte. Laissant, sauf une restriction temporaire [2], le divorce par consentement mutuel se produire en pleine liberté, elles limitèrent la répudiation licite à certaines causes déterminées, plus nombreuses au profit du mari que de la femme. Même, lorsqu'elle intervenait en dehors de ces causes, elles lui maintenaient son efficacité quant à la dissolution du mariage ; mais elles punissaient alors de peines sévères l'époux de qui elle émanait, parfois le rendant incapable de contracter un nouveau mariage [3]. La réduction en esclavage resta aussi une cause de dissolution du mariage ; Justinien seulement, lorsque l'un des époux tombait en captivité, exigea que son conjoint attendît pendant cinq ans avant de contracter une nouvelle union [4].

Si nous tournons les yeux vers l'autre système juridique, avec lequel l'Église se trouva encore principalement en contact,

1. L. 1. D., *De divort.*, XXIV, 2 : « Dirimitur matrimonium divortio, morte, captivitate vel alia contingente utrius servitute. » L. 9. D., *ibid.*
2. *Nov.* 117, c. x, abrogée par la *Novelle* 140 de Justin en 556.
3. Ci-dessus, tome I, p. 7.
4. *Nov.* 22, c. VII.

c'est-à-dire celui des coutumes germaniques, nous y trouvons aussi le divorce largement ouvert, mais au profit du mari seulement. Présentant à cet égard une ressemblance marquée avec la première loi qu'avait connue le christianisme naissant, c'est-à-dire la loi juive, la coutume germanique autorisait le mari à répudier sa femme, librement et sans cause justifiée : tout au plus, dans ce dernier cas, devait-il une composition aux parents, sous le *mundium* et à la charge desquels retombait la femme répudiée[1]. Là, aussi, la captivité d'un des époux dissolvait le mariage, dans un milieu où les razzias étaient fréquentes. Les réformes des rois chrétiens modifièrent quelque peu ce droit, mais ce fut plutôt pour ouvrir à la femme, dans certains cas, le droit de divorcer que pour l'enlever au mari[2]. La pratique du divorce par consentement mutuel paraît en même temps avoir passé des Romains aux hommes de race barbare.

Pendant des siècles, l'Église se trouva en face de ces lois séculières. Pour combattre le divorce qu'elles admettaient, pour en paralyser les effets, elle n'avait, nous le savons, qu'une juridiction disciplinaire sur les chrétiens : elle ne pouvait annuler les mariages contractés par des personnes divorcées et contrairement à ses principes ; elle ne pouvait que frapper les contrevenants de peines spirituelles ou disciplinaires. Dans ces conditions, elle fut amenée forcément à pratiquer une assez large tolérance, à admettre dans une certaine mesure des divorces qu'elle condamnait en principe. Mais elle tint la main, avec une grande rigueur, à ce que les divorces, exceptionnellement tolérés, fussent toujours soumis à l'examen de l'autorité ecclésiastique.

Il faut ajouter que, même dans son sein, l'Église, jusqu'au concile de Trente, mais surtout dans les temps anciens, voyait professer une opinion d'après laquelle le divorce était admis par l'Évangile, au moins dans un cas, c'est-à-dire en cas d'adultère. Cependant, on peut affirmer que, dès qu'elle eut

1. Löning, *Geschichte des deutschen Kirchenrechts*, II, pp. 617 et suiv.
2. Löning, *op. cit.*, pp. 622 et suiv.

la législation et la juridiction exclusive sur le mariage, elle appliqua rigoureusement le principe d'indissolubilité.

Pour présenter avec quelque clarté cette évolution, j'examinerai d'abord la période pendant laquelle l'Église n'a pas encore la juridiction proprement dite, et j'étudierai successivement : 1° la doctrine ecclésiastique sur le divorce, représentée par les textes de l'Écriture et par les Pères de l'Église ; 2° la législation et la pratique ecclésiastiques, représentées par les conciles, les décisions des papes, les *libri pœnitentiales* et les capitulaires ecclésiastiques des rois francs[1]. J'examinerai ensuite le droit canonique formé et arrêté, dans la période où l'Église a acquis le plein pouvoir sur le mariage.

I

L'esprit chrétien, dès les premiers jours, réagit contre le divorce tel que l'admettait la loi juive ; et les passages des Évangiles et de saint Paul, où la question est abordée, sont la base même de la doctrine de l'Église[2]. Ces textes, dans leur ensemble, donnent bien l'impression d'une prohibition géné-

1. Sur ce sujet on consultera avec fruit, Perrone, *De matrimonio christiano*, Romæ, 1858, tome III, p. 113 et suiv.

2. Ce sont les textes suivants :

A. Math., v, 31, 32 : « Dictum est autem : Quicumque dimiserit uxorem suam det ei libellum repudii. Ego autem dico vobis : Quia omnis qui dimiserit uxorem suam, excepta fornicationis causa, facit eam mœchari, et qui dimissam duxerit adulterat. » — *Math.*, xix, 7-9 : « Dicunt illi : Quid ergo Moyses mandavit dare libellum repudii et dimittere? Ait illis : Quoniam Moyses ad duritiam cordis vestri permisit vobis dimittere uxores vestras ; ab initio autem non fuit sic. Dico autem vobis, quia quicumque dimiserit uxorem suam, nisi ob fornicationem et aliam duxerit, mœchatur. » — *Marc.*, x, 11, 12 : « Et ait illis : Quicumque dimiserit uxorem suam et aliam duxerit, adulterium committit super eam. Et si uxor dimiserit virum suum et alii nupserit, mœchatur. » — *Luc.*, xvi, 18 : « Omnis qui dimittit uxorem suam et alteram ducit mœchatur ; et qui dimissam a viro ducit mœchatur. »

B. Saint Paul, *ad Rom.*, vii, 1-3 : « An ignoretis fratres (scientibus enim legem loquor) quia lex in homine dominatur quanto tempore vivit. Namque sub viro est mulier, vivente viro alligata est legi ; si autem mortuus fuerit

rale et absolue du divorce. Seul, l'Évangile selon saint Mathieu paraît faire une exception bien nette, en permettant au mari de répudier la femme adultère. Quel sens donna-t-on à ces textes? L'opinion dominante, l'opinion commune, les entendit sans doute dès le début comme interdisant absolument un nouveau mariage de la part d'un des époux tant que l'autre conjoint était en vie[1]. Cependant, à côté de cette doctrine commune, s'en produisait une autre divergente qui admettait, par interprétation de l'Évangile selon saint Mathieu, le divorce pour cause d'adultère. Ceux qui la professaient tantôt s'exprimaient en termes généraux, paraissant admettre cette cause de divorce au profit de la femme comme au profit du mari, tantôt, suivant peut-être une idée inspirée par la loi juive, ils permettaient seulement au mari de répudier la femme adultère.

Au premier rang de ceux qui professaient cette doctrine, on doit placer Tertullien. Un passage de son traité *adversus Marcionem* ne peut laisser aucun doute[2]. Mais il paraît avoir appliqué à la lettre le texte de saint Mathieu, ne permettant

vir ejus, liberata est a lege viri. Igitur vivente viro vocabitur adultera si fuerit cum alio viro; si autem mortuus fuerit vir ejus, liberata est a lege viri ut non sit adultera si fuerit cum alio viro. » — *I Corinth.*, VII, 10-11, 39 : « Iis autem qui matrimonio juncti sunt præcipio, non ego sed Dominus, uxorem a viro non discedere. Quod si discesserit manere innuptam aut viro suo reconciliari. Et vir uxorem non dimittat. Mulier alligata est legi quanto tempore vir ejus vivit; quod si dormierit vir ejus, liberata est; cui vult, nubat, tantum in Domino. »

1. Voyez la revue des opinions des Pères de l'Église, depuis le Pasteur d'Hermas jusqu'à saint Augustin, dans Perrone, *op. cit.*, tome III, p. 243 et suiv., et Freisen, *op. cit.*, p. 770 et suiv.

2. Lib. IV, c. XXXIV (édit. Oehler, II, p. 248) : « Dico enim illum (Christum) condicionaliter fecisse divortii prohibitionem, si ideo quis dimittat uxorem et aliam ducat... Etiam non contrarium Moysi docet, cujus præceptum alicubi conservat, nondum dico, confirmat. Certe quid facit apud te maritus si uxor ejus commiserit adulterium? Habebitne illam? Scilicet nec tuum apostolum sinere conjungi prostituta membra Christi. Habet itaque et Christum assertorem justitia divortii. Jam hinc confirmatur ab illo Moyses ex eodem titulo prohibens (?) repudium quo et Christus, si inventum fuerit in muliere negocium impudicum. Nam et in Evangelio Mathæi, qui dimiserit uxorem suam præter causam adulterii facit eam adulterari : æque adulter censetur et ille

qu'au mari de répudier la femme adultère et de se remarier, tandis qu'un nouveau mariage était interdit à celle-ci[1]. Origène paraît n'avoir aucun doute sur le droit du mari, et se demander seulement si le divorce avait lieu pour d'autres causes que l'adultère de la femme[2]. Lactance professe deux fois la même doctrine[3]. Saint Grégoire de Nazianze, comparant la loi civile sur le divorce à la loi de l'Évangile, montre clairement que, d'après celle-ci, le divorce est permis pour adultère de la femme[4]. A la fin du IVe siècle, pseudo-Ambroise professe, en cette matière et dans ce sens, une doctrine des plus nettes et dont l'influence devait être notable[5] : il est de ceux qui permettent au mari de répudier la femme adultère et d'en

qui dimissam a viro duxerit. Cæterum, præter ex causa adulterii, non Creator disjungit quod ipse scilicet conjunxit. » Pothier entendait ce texte comme admettant bien le divorce proprement dit : *Traité du mariage*, n° 489.

1. Cela permet d'expliquer certains autres passages de Tertullien, dans lesquels on pourrait voir la doctrine de l'indissolubilité absolue ; cf. Perrone, *op. cit.*, p. 253, 256.

2. *In Matthæum*, c. XIV : « Tum vero deinde Salvator noster haud quaquam connubii solvendi propter ullum aliud flagitium facultatem concedens, quam solam fornicationem in uxore deprehensam sic ait : Omnis qui dimiserit uxorem suam, excepta fornicationis causa, facit eam mœchari. Quæri autem potest an uxorem repudiare non liceat nisi in adulterio deprehensa sit, verbi gratia propter veneficium, vel quod infantem ab utroque genitum, viro peregre profecto, interfecerit vel ob aliam quamlibet cædem ; quin et si adulterii quidem insons viri domum clam diripuisse et expilasse animadversa sit, rogaverit aliquis an hujusmodi uxorem ex æquo et bono repudiabit. » — Ce texte, comme la plupart des suivants, est reproduit dans l'ouvrage de Perrone, tome III, p. 268.

3. *Divin. instit.*, lib. VI, c. XXIII : « Ne quis divina præcepta circumscribere se putet posse, adduntur illa, ut omnis calumnia et occasio fraudis removeatur : adulterum esse qui a marito ejectam duxerit, et eum qui, præter crimen adulterii, uxorem dimiserit ut alteram ducat. » — *Epitome inst. divin. ad Pentad.*, c. LXVI : « Deus præcipit non dimitti uxorem nisi crimine adulterii revictam, ut nunquam conjugalis fœderis vinculum, nisi quod perfidia ruperit, dissolvatur. »

4. *Oratio XXXI* ; Perrone, *op. cit.*, tome III, p. 296.

5. *Super I Corinth.*, c. VII = c. XVII, C. XXXII, qu. 7 : « *Et virum uxorem non dimittere* subauditur autem *excepta fornicationis causa*. Et ideo non subjecit, dicens sicut de muliere, quod si discesserit, manere sic ; quia viro licet ducere uxorem, si dimiserit uxorem peccantem ; quia non ita lege constringitur vir sicut mulier ; caput enim mulieris vir est. »

prendre une autre, et refusent à la femme le droit équivalent en cas d'adultère du mari. Saint Épiphane, plus large, paraît accorder le droit de se remarier aux deux époux[1]. Saint Jean Chrysostome déclare que la femme adultère n'était pas l'épouse légitime de son mari, parce qu'elle a violé la loi même du mariage[2]. Astérius d'Amasée reconnaît que le mariage se dissout par deux faits, la mort et l'adultère[3]. Théodoret donne cette formule que le Seigneur a permis la dissolution du mariage pour adultère, l'interdisant pour toute autre cause[4]. Enfin, il est bien difficile de ne pas reconnaître le véritable divorce pour cause d'adultère dans un passage célèbre d'Hilaire de Poitiers[5].

Cette doctrine était assez répandue pour que saint Augustin l'ait prise à partie dans un traité célèbre, *de Adulterinis conjugiis*, adressé à Pollentius, qui la soutenait. On voit là clairement que, comme je l'ai dit, elle se subdivisait en deux thèses distinctes. D'après l'une, strictement calquée sur le texte de l'Évangile selon saint Mathieu, le divorce était permis au mari pour adultère de la femme, mais non à la femme pour adul-

1. *Adversus hæreses lib. II* (éd. Paris, 1682, tome I, p. 497), hæres. XXXIX vel LIX, c. IV : Ὁ δὲ μὴ δυνηθεὶς τῇ μιᾷ ἀρκεσθῆναι τελευτησάσῃ, ἕνεκεν τινος προφάσεως, πορνείας ἢ μοιχείας, ἢ κακῆς αἰτίας χωρισμοῦ γενομένου, συναφθέντα δευτέρα γυναικὶ, ἢ γυνὴ δευτέρῳ ἀνδρὶ, οὐκ αἰτιᾶται ὁ θεῖος λόγος, οὐδὲ ἀπὸ τῆς Ἐκκλησίας, καὶ τῆς ζωῆς ἀποκηρύττει, ἀλλὰ διαβαστάζει διὰ τὸ ἀσθενὲς, οὐχ ἵνα δύο γυναῖκας ἐπὶ τὸ αὐτὸ ἐχῇ ἔτι παριούσης τῆς μιᾶς, ἀλλ' ἀπὸ μιᾶς ἀποσχεθεὶς, δευτέρᾳ εἰ τύχοιεν νόμῳ συνάφθῆναι, ἐλεεῖ τοῦτον ὁ ἅγιος λόγος, καὶ ἡ ἁγία Θεοῦ Ἐκκλησία· μάλιστα εἰ τυγχάνει ὁ τοιοῦτος τὰ ἄλλα εὐλαβὴς, καὶ κατὰ νόμον Θεοῦ πολιτευόμενος.

2. *De libello repudii*, c. III : « Ἡ γὰρ μοιχαλὶς οὐδενός ἐστι γυνή· καὶ γὰρ τὰς πρὸς ἐκεῖνον συνθήκας ἐπάτησε, καὶ πρὸς σὲ μετὰ τῶν προσηκόντων νόμων οὐκ ἦλθε. »

3. *Homilia in Matth.* XIX, 3 (*Biblioth. maxima Patrum*, Lugd., 1677, tome V, p. 818) : « Πείσθητε ὅτι γάμος θανάτῳ μόνῳ καὶ μοιχείᾳ διακόπτεται. » Perrone, *op. cit.*, III, p. 321.

4. *Hæretic. fab.* V, c. XXV (édit. Sirmond, IV, 308) : « Οὕτω δὲ (ὁ Κύριος) τοῦ γάμου τὸν νόμον ἐκράτυνεν, ὅτι καὶ τὸν διαλῦσαι τὸν γάμον δίχα πορνείας βουλόμενον, ἑτέρῳ νόμῳ κωλύει. »

5. *Commentarius in Matthæi Evangelium*, c. IV, n° 22 : « Nam cum lex libertatem dandi repudii ex libelli auctoritate tribuisset, nunc marito fides evangelica non solum voluntatem pacis indixit, verum etiam reatum coactæ in adulterium uxoris imposuit; nullam aliam causam desinendi a conjugio præscribens, quam quæ virum prostitutæ uxoris societate pollueret. »

tère du mari. Saint Augustin reproche justement à ceux qui soutiennent cette thèse de violer l'un des grands principes du droit chrétien, l'égalité entre les époux[1]. D'après l'autre thèse, plus large, le droit des deux époux était égal[2], quoique l'on conseillât à la femme qui répudiait son mari adultère de ne point se remarier. Mais ici, les arguments de texte manquant, on invoquait d'autres raisons, dont l'une est assez remarquable. On considérait comme mort l'époux adultère[3], et cette idée avait même été justifiée, en ce qui concerne la femme, par un raisonnement ingénieux et subtil : la loi mosaïque condamnait à mort la femme adultère; la loi nouvelle lui faisait grâce de la vie, mais elle devait être cependant considérée comme morte au monde[4].

Contre l'une et l'autre de ces thèses, saint Augustin invoque l'autorité des textes évangéliques et apostoliques. Pour écarter le divorce, que paraît permettre exceptionnellement l'Évangile selon saint Mathieu, il insiste sur les formules générales et absolues de la règle d'indissolubilité contenues dans les autres Évangiles et dans les Epîtres de saint Paul[5]. En même temps,

1. *De adult. conj.*, lib. I, c. VIII (édit. Vivès, t. XXI, p. 596) : « Si hoc modo intelligendum est (*Matth.*, IX, 9) ut quicumque causa fornicationis dimiserit et aliam duxerit, non mœchetur, non videtur in hac causa par forma esse mariti et uxoris, quandoquidem mulier etsi, causa fornicationis discesserit a viro et alii nupserit, mœchatur; vir autem, si eadem causa uxorem dimiserit et aliam duxerit, non mœchatur. »

2. *De adult. conj.*, I, c. VI (p. 594) : « Tu vero (Pollentius) dicis, si mulier a viro non fornicante discesserit, non ei licere alteri nubere propter præceptum; si autem a fornicante discesserit, non ei expedire nubere propter opprobrium. »

3. *De adult. conj.*, lib. II, c. II (p. 617) : « Id quod ait idem apostolus (*I Corinth.*, VII, 39) sic intelligendum existimas, ut si vir fuerit fornicatus pro mortuo reputetur, et uxor pro mortua; et ideo liceat cuilibet illorum, tanquam post mortem, ita post fornicationem conjugis, alteri copulari. »

4. Clément d'Alexandrie, *Stromata*, lib. II, c. XXIII.

5. *De adult. conj.*, lib. I, c. XI (p. 599) : « Ac per hoc quoniam fas non est ut evangelistas, quamvis diversis verbis de una re loquentes, ab uno sensu eademque sententia dissentire dicamus, restat ut Matthæum intelligamus a parte totum significare voluisse, eamdem tamen tenuisse sententiam ut dimittens uxorem et alteram ducens, non quidam mœchetur, id est qui præter

nous le savons [1], il donnait à la théorie de l'indissolubilité une base solide, scientifique en quelque sorte; il en faisait une conséquence forcée du sacrement de mariage. Il écartait du même coup toutes les causes de divorce ou de dissolution du mariage, autres que la mort, admises par le droit séculier : la maladie, la captivité ou l'absence prolongée [2]. Il fut, on peut le dire, l'ouvrier qui mit la dernière main à la théorie de l'indissolubilité; on le verra bien dans la suite. Ceux qui l'établiront solidement après lui, Hincmar de Reims par exemple, lui emprunteront la plupart des textes importants dont ils soutiendront leur démonstration. Cependant, saint Augustin lui-même doutait presque de sa propre doctrine, en ce qui concerne l'exclusion du divorce pour cause d'adultère; par deux fois il en a fait l'aveu [3] : il admettait que l'homme qui répudiait sa femme pour cette cause, et en épousait une autre, ne commettait qu'un péché véniel [4].

La doctrine qu'il avait réfutée subsistera encore pendant longtemps. On trouve aux VIII[e] et IX[e] siècles deux témoignages

fornicationem dimiserit, quidam vero non mœchetur, id est qui propter fornicationem dimiserit, sed omnis qui dimittit uxorem suam et ducit alteram mœchari minime dubitetur. »

1. Ci-dessus, tome I, p. 65.

2. De *adulter. conj.*, lib. II, c. X (p. 624) : « Sed attende quam plura sunt ubi, si querelas incontinentium velimus admitti, necesse nobis erit adulteria facienda permittere. Quid si enim aliquo diuturno et insanabili morbo corporis teneatur conjux, quo concubitus impeditur? Quid si captivitas vel vis aliqua separet, ita ut sciat vivere maritus uxorem, cujus sibi copula denegatur, censesne admittenda incontinentium murmura et permittenda adulteria ?... Nonne lex Christi incontinentibus displicet, qui uxores litigiosas, imperiosas, fastidiosas et ad reddendum debitum conjugale difficillimas, repudio interposito, abjicere volunt et alteras ducere? »

3. *Retractationum lib. II*, c. XIX : « Scripsi duos libros de conjugiis adulterinis quantum potui secundum Scripturas cupiens solvere difficillimam quæstionem. Quod utrum enodatissime fecerim nescio. Imo vero non me pervenisse ad hujus rei perfectionem sentio. »

4. *De fide et operibus*, c. XIX (Vivès, t. XXI, p. 275) : «Quisquis etiam uxorem in adulterio deprehensam dimiserit et aliam duxerit, non videtur æquandus eis qui, excepta causa adulterii, dimittunt et ducunt; et in ipsis divinis sententiis ita obscurum est utrum et iste, cui quidem sine dubio licet adulteram dimittere, adulter tamen habeatur si alteram duxerit, ut, quantum existimo, venialiter ibi quisque fallatur. »

intéressants à cet égard. L'un est une lettre de Maringoz, évêque de Wurzbourg, à Lulle, archevêque de Mayence, dans laquelle il expose ses perplexités sur la question du divorce pour cause d'adultère, devant les textes contraires des Pères [1]. L'autre est un passage d'Hincmar de Reims qui montre de son temps l'opinion favorable au divorce, soutenue par certains docteurs [2].

Pour en finir avec la doctrine des Pères de l'Église, il faut constater qu'à côté des principes rigoureux, affirmés et défendus, leurs écrits nous fournissent de nombreux exemples de la tolérance que montrait l'Église, dans l'application de sa juridiction disciplinaire à ceux des fidèles qui voulaient profiter des lois séculières pour divorcer. Origène montre des évêques accordant à des femmes, du vivant de leur premier mari, l'autorisation de contracter un nouveau mariage [3].

1. Jaffé, *Monum Mog.*, p. 298 (a. 755-786) : « Itaque constitutio matrimonii christiani in jungendo vel separando a Patribus tanta diversitate nobis videtur disponi ut vix una et compar sententia ipsorum nostræ pateat parvitati. Videntur namque concorditer Essidorus et Hieronimus (*Comm. in Matth.* c. XIX ; c. II, C. XXXII, qu. 1) non debere adulteram teneri a viro, cui sociata alteri se more meretricis adjungat... Augustinus vero cum sententiam eamdem Salvatoris diuturna tractatione ventilasset nihil plane elucidationis certe nostræ omnino teneritudini captabile profert... Beatus vero Leo papa (c. I, C. XXXIV, qu. 1), feminam, capto ab hostibus marito, cogente solitudine inculpabiliter alteri posse copulari, cum desperaretur captus, et, reverso forte priore, separatam a posteriore principali restitui dicens. Ibi notandum videtur quod statim destitutio conjugis nubendi licentiam tribuit. Apud Essiodorum vero vel Iheronimum proditio fœderis conjugalis matrimonium separat. Quid ergo supersit conjugi, quem vel quam solitudo perurget, si Hisidori vel Hieronimi ac Leonis decretum juste creditur esse tenendum, nisi ut se matrimonio conjungat alterius, me fateor ignorare. »

2. *De nuptiis Stefani* (*op.*, éd. Sirmond, II, p. 665) : « Nos autem hæc his idcirco interponere necessarium duximus, quia quosdam etiam, qui se doctores, dicebant audivimus pertinaci contentione intendere, quasi ex verbis B. Ambrosii et S. Augustini, quæ parum diligenter intenderant, virum non fornicantem et a fornicatore muliere discedentem, aliam illa vivente ducere posse, et quæ causa fornicationis a viro recesserit, non posse reconciliari, illam autem quæ non causa fornicationis sed alia qualibet recesserit, aut reconciliari aut innuptam libere permanere. »

3. *In Math.*, c. XIV, p. 267 : « Jam vero contra Scripturæ legem, mulieri, vivente viro, nubere quidam Ecclesiæ rectores permiserunt. »

Saint Basile déclare que le mari abandonné par son épouse est digne de pardon, et que la femme qui alors cohabite avec lui n'est point condamnée [1]. Saint Jérôme excuse Fabiola qui avait répudié son époux et contracté un nouveau mariage; elle fit, il est vrai, une solennelle pénitence [2].

II

La législation ancienne des conciles présente, en cette matière, des contradictions apparentes, mais non réelles. Elle a un double caractère. Tantôt, statuant au point de vue des principes, elle proclame fermement l'indissolubilité du lien conjugal; tantôt, dictant des règles pour la juridiction disciplinaire qu'exerce l'Église, elle admet des tempéraments en faveur de ceux qui usent du divorce permis par les lois civiles. Voici un rapide aperçu de cette législation.

Le concile d'Elvire tenu en l'année 305 ou 306 contient les pénitences qui doivent être infligées aux femmes divorcées et remariées. Il distingue divers cas. Celles qui ont abandonné leur mari sans aucun motif ne recevront pas la communion, même à la fin de leur vie [3]. Celle qui s'est séparée d'un mari adultère ne sera admise à la communion, à moins de grave maladie, qu'après la mort de celui-ci [4]. La femme qui épouse

1. *Ep. canon. (I) ad Amphilochium*, c. IX; Perrone, *op. cit.*, III, p. 288.

2. *Ad Oceanum*, c. III, IV : « Quod secundum sortita matrimonium prius reliquerit, non laudabo conversam nisi prius ream absolvero. Tanta prior maritus vitia habuisse narratur ut ne scortum quidem et vile mancipium ea sustinere posset .. Adolescentula erat, viduitatem suam servare non poterat... gitur et Fabiola, quia persuaserat sibi et putabat a se virum jure dimissum, nec Evangelii vigorem noverat, in quo nubendi universa causatio, viventibus viris, feminis amputatur, dum multa diaboli vitat vulnera, unum incauta vulnus accepit. »

3. C. VIII (Bruns, II, p. 3) : « Item feminæ quæ, nulla præcedente causa, reliquerint viros suos et aliis se copulaverint, nec in finem accipiant communionem. »

4. C. IX (Bruns, II, p. 3) : « Item femina fidelis, quæ adulterum maritum reliquerit fidelem et alterum ducit, prohibeatur ne ducat; si duxerit, non prius accipiat communionem nisi quem reliquit de sæculo exierit, nisi forte infirmitatis necessitas dare compulerit. »

sciemment un homme qui a répudié sans cause sa première épouse est privée de la communion, si ce n'est au lit de mort [1]. Deux choses sont ici dignes de remarque. C'est, d'abord, que le concile ne vise pour les punir que les femmes qui ont, par leur mariage, violé le principe de l'indissolubilité; il n'édicte pas de peine contre les hommes. C'est aussi la différence bien nette établie entre le divorce sans cause et celui qui a une juste cause.

Le concile d'Arles de 314 vise, au contraire, les hommes divorcés. On devra conseiller aux jeunes chrétiens, lorsqu'ils ont surpris leurs femmes en des relations adultères, de ne point se remarier tant qu'elles sont en vie; mais aucune peine n'est prononcée pour le cas où ils ne suivraient pas ce conseil [2]. Il est vrai qu'un autre canon du même concile déclare que, si le mari prend une seconde femme, du vivant de la première, il sera exclu de la communion catholique [3]. Mais c'est vraisemblablement une retouche postérieure [4]; peut-être même doit on l'entendre comme visant une hypothèse différente de la précédente, le cas, par exemple, où la femme aurait été répudiée sans juste cause.

Le v[e] siècle s'ouvre par une décision déjà citée du concile de Carthage de 407 [5], qui énonce la règle de l'indissolubilité absolue, mais reconnaît en même temps l'impuissance de l'Église à la faire respecter tant que la législation civile ne

1. C. x (Bruns, II, p. 3) : « Quod si fuerit fidelis quæ ducitur ab eo qui uxorem inculpatam reliquit, *et cum scierit illum habere uxorem*, quam sine causa reliquit, placuit in finem hujusmodi dari communionem. »

2. C. x (Bruns, II, p. 108) : « De his qui conjuges suas in adulterio deprehendunt, iidem sunt adolescentes fideles et prohibentur nubere, placet ut in quantum possit concilium eis detur ne, viventibus uxoribus suis licet adulteris, alias accipiant. »

3. C. xxiv (Bruns, II, p. 110) : « Placuit ut quantum potest inhibeatur viro ne dimissa uxore vivente liceat ut aliam ducat super eam : quicumque autem fecerit, alienus erit a catholica communione. »

4. Ce Canon 24 est le premier des six qui ont été ajoutés dans un manuscrit aux Canons authentiques du concile d'Arles; voyez Bruns, II, p. 110, note 7.

5. Ci-dessus, tome I, p. 8, note 5.

sera pas conforme. C'est aussi la prohibition générale que contient le concile d'Angers de 453 [1]. Mais celui de Vannes, en 465, excepte expressément de l'anathème les hommes qui se remarient après avoir répudié leurs femmes pour adultère prouvé [2], et la même règle est posée dans un document de date incertaine dit *Synodus sancti Patricii* [3]. Le concile d'Agde de 506 est plus tolérant encore. Il ne frappe d'excommunication que les personnes qui divorcent pour se remarier, sans avoir fait constater préalablement par les évêques de la province les causes de leur divorce [4]. C'était, sans abandonner le principe, permettre toutes les transactions nécessaires. Le deuxième concile d'Orléans de 533, exclut la répudiation à raison d'une infirmité postérieure au mariage, mais il semble admettre, dans ce cas, le divorce par consentement mutuel [5].

Les conciles des VII[e] et VIII[e] siècles sont animés du même esprit. Le concile de Nantes de 658 défend, il est vrai, au mari qui a répudié sa femme adultère de se remarier tant qu'elle vit [6]; mais le concile d'Hereford, en 673, paraît bien donner un simple conseil, lorsqu'il dit que ceux qui répudient leurs femmes doivent s'abstenir d'en prendre d'autres, s'ils

1. C. VI, Bruns, II, p. 138.

2. C. II (Bruns, II, p. 143): « Eos quoque qui, relictis uxoribus suis, sicut in Evangelio dicitur, excepta causa fornicationis, sine adulterii probatione alias duxerint, statuimus a communione similiter arcendos. »

3. C. XXVI (Bruns, II, p. 308) : « Item *non licet viro dimittere uxorem nisi ob causam fornicationis*, ac si dicat ob hanc causam, unde si ducat alteram, velut post mortem prioris, non vetant. »

4. C. XXV (Bruns, II, p. 151) : » Hi vero sæculares qui conjugale consortium culpa graviore dimittunt vel dimiserunt, et, nullas discidii causas probabiliter proponentes, propterea sua matrimonia dimittunt ut aut illicita aut aliena præsumant : si, antequam apud episcopos comprovinciales discidii causas dixerint et prius uxores quam judicio damnentur abjecerint, a communione Ecclesiæ et sancto populi cætu pro eo quod fidem et conjugia maculant excludantur. »

5. C. XI (Bruns, II, p. 187) : « Contracta matrimonia, accedente infirmitate nulla voluntatis contrarietate solvantur : quod si qui ex conjugibus fecerint, noverint se communione privandos. »

6. Mansi, *Concilia*, XVIII, 169.

veulent agir en vrais chrétiens [1]. La tolérance du divorce semble également admise par le *Concilium in Trullo* de 692 [2], si toutefois son Canon 87 ne vise pas simplement les peines de l'adultère, en dehors de toute question de divorce; c'est dans ce dernier sens que l'entend l'Église orientale [3]. Le synode de Soissons de 744 prohibe le divorce, mais il admet certainement une exception en cas d'adultère de la femme [4]. Je laisse de côté les synodes de Verberie et de Compiègne, sur lesquels je reviendrai bientôt, car ils me paraissent contenir un système complet, un *modus vivendi* que le pouvoir séculier cherche à établir sur cette question, de concert avec l'Église.

Mais, à partir de la fin du VIII[e] siècle, la tendance à la sévérité se fait jour. Dans le concile de Frioul de 796, on trouve exposée, avec démonstration à l'appui, la doctrine d'après laquelle le mari, après avoir répudié sa femme adultère, ne peut pas contracter un nouveau mariage [5]. Dans le même sens statuent les conciles de Paris en 829 [6], de Tolède en 861 [7], de

1. C. x (Bruns, II, p. 310) : « Nullus conjugem propriam, nisi ut sanctum Evangelium docet fornicationis causa relinquat : quod si quisquam propriam expulerit conjugem legitimo sibi matrimonio conjunctam, si christianus esse recte voluerit, nulli alteri copuletur, sed ita præmaneat aut propriæ reconcilietur conjugi. »

2. C. LXXXVII (Labbe, *Concilia*, tome VI, p. 1180) : « Quæ maritum relinquet est adultera, si venerit ad alium... Si ergo præter rationem a marito recessisse visa sit, ille quidem venia dignus est, hæc vero pœna. Sed et qui legitimam sibi datam uxorem reliquit et aliam ducit e Domini sententia est adulterii judicio obnoxius. »

3. Zhishman, *op. cit.*, p. 744.

4. C IX (Boretius, p. 30) : « Nec marito viventem sua muliere alius non accipiat, nec mulier, vivente viro suo, alium accipiat; quia maritus muliere sua non debet dimittere, excepta causa fornicationis deprehensa. » — Cf. Perrone, *op. cit.*, tome III, p. 359.

5. C. x (Labbe, *Concilia*, tome VII, p. 1006) : « Item placuit ut, *resoluto fornicationis causa jugali vinculo*, non liceat viro quamdiu adultera vivit aliam uxorem ducere, licet sit illa adultera; sed nec adulteræ, quæ pœnas gravissimas vel pœnitentiæ tormentum luere debet, alium accipere virum, nec vivente nec mortuo, quem non erubuit defraudare marito. »

6. C. II (Labbe, *Concilia*, tome VII, p. 1656).

7. C. XXI, C. XXXII, qu. 5.

Nantes en 895 [1], de Tribur en 895 [2]. Les conciles du XI[e] siècle répètent encore les mêmes prohibitions [3].

Les épîtres des papes concordent avec les décisions des conciles, si ce n'est qu'elles pactisent moins avec le divorce; sont très nettes les lettres d'Innocent I[er] à Exuperus de Toulouse [4] et à Probus [5], de Léon I[er] à Nicetas [6], et de Grégoire I[er] à divers consultants [7]. Le pape Grégoire II a cependant laissé deux décisions, dont la contradiction a, de tout temps, embarrassé les canonistes. Dans une instruction adressée à ses légats en Bavière en 716 ou 722, il affirme, en termes généraux, le principe d'après lequel un époux ne peut, du vivant de son conjoint, contracter un nouveau mariage [8]. D'autre part, dans une lettre adressée à saint Boniface en 726, il permet à un homme de contracter un nouveau mariage, parce que sa femme ne peut pas rendre le devoir conjugal par suite d'infirmités [9]. Traditionnellement, les canonistes se refusent à donner à ce dernier texte son sens naturel; j'indiquerai plus loin les principales interprétations proposées par les anciens docteurs; les modernes admettent en général que le pape, dans le second cas, suppose un mariage qui n'a jamais été et n'a jamais pu

1. C. XII (Labbe, *Concilia*, tome IX, p. 471).

2. C. XLVI *in fine* (Labbe, *Concilia*, tome IX, p. 463).

3. D'après M. Freisen, *op. cit.*, p. 799, c'est seulement dans la seconde moitié du XI[e] siècle que triomphe définitivement la règle de l'indissolubilité absolue.

4. *Codex canonum Ecclesiæ Gallic.*, *decreta Innoc.*, c. XXVI.

5. C. II, C. XXXIV, qu. 1. Dans ce texte, cependant, un mot pourrait sembler favorable au divorce. Il s'agit d'un mari qui s'est remarié pendant que sa première épouse était en captivité. Celle-ci, rendue à la liberté, obtient que le second mariage soit déclaré nul par le pape. Or voici comment celui-ci s'exprime : « Statuimus... conventumque secundæ mulieris, priore superstite *nec divortio ejecta*, nullo pacto esse legitimum. »

6. C. I, C. XXXIV, qu. 1.

7. C. XIX, XXI, XXV, C. XXVII, qu. 2.

8. Jaffé, *Regesta pontif. Rom.*, 2[e] édit., n° 2153.

9. Jaffé, *Mon. Mogunt.*, p. 89 : « Nam quod posuisti, quod si mulier infirmitate correpta non valuerit viro debitum reddere, quid ejus faciat jugalis : bonum esset si sic permaneret ut abstinentiæ vacaret. Sed quia hoc magnorum est, ille qui se non poterit continere, nubat magis. Non tamen subsidii opem subtrahat ab illa, cui infirmitas præpedit et non detestabilis culpa excludit. »

être consommé[1]. Pour nous, la solution de l'antinomie est des plus simples. Dans la première lettre, le pape proclame un principe certain; dans la seconde, il admet une tolérance nécessaire.

III

Si, après la doctrine et la législation, nous voulons examiner la pratique proprement dite, nous avons principalement à considérer deux catégories de documents qui, les uns et les autres, sont postérieurs à la chute de l'empire d'Occident. Ce sont les *libri pœnitentiales* et les capitulaires ecclésiastiques des monarques francs.

Les *libri pœnitentiales* ne sont point des lois ecclésiastiques proprement dites; ce sont même des œuvres privées, dont les auteurs ne sont pas connus pour la plupart[2]. Mais ils n'en ont pas moins d'importance aux yeux de l'historien, car ils ont été rédigés par des ecclésiastiques en vue de la pratique ecclésiastique. Leur contenu[3] confirme ce que nous savons déjà. Quelques-uns affirment et sanctionnent la règle rigoureuse de l'indissolubilité; ce sont surtout les plus anciens[4] et les plus récents[5]. A première vue, on pourrait même croire que certains autres professent également la règle stricte, car ils contiennent des pénitences sévères contre tous ceux qui répudient leur femme pour en prendre une autre[6]. Mais il faut

1. Perrone, *op. cit.*, tome III, p. 361; Freisen, *op. cit.*, p. 331 et suiv.

2. Perrone, *op. cit.*, tome III, p. 374, 376.

3. Je me contenterai de passer en revue ceux publiés par Wasserschleben, *Die Bussordnungen der abendlichen Kirche*. Sur ce sujet, cf. Freisen, *op. cit.*, p. 785 et suiv. — Hinschius, *Das Ehescheidungsrecht nach den angelsächsischen und fränkischen Bussordnungen* (*Zeitschrift für deutsches Recht*, tome XX, p. 66 et suiv.); — Schmitz, *Die Bussbücher und die Bussdisciplin der Kirche*, Mainz, 1883.

4. *Vinniaus*, éd. Wasserschleben, p. 117, § 41-44.

5. *Pœnit. pseudo-Egberti*, p. 325, l. II, c. VIII; *Pœnitent. Merseburgense* a, p. 403. c. CXXIV.

6. *Capitula Theodori*, p. 155, c. CVII; — *Pœnit. Theodori*, p. 198, I, 14, § 8; *Pœnit. Big.*, p. 450, c. VI et VII.

référer ces dispositions à des divorces sans cause ou à des divorces opérés pour d'autres causes que celles admises ou tolérées par l'Église; car ces mêmes pénitentiels permettent le divorce expressément dans certains cas. La plupart l'admettent, en effet, dans des conditions diverses d'ailleurs, pour un certain nombre de causes déterminées.

Il semble bien d'abord que le divorce par consentement mutuel était toléré [1]. On a prétendu, il est vrai [2], que les passages visés ne devaient point s'entendre ainsi : il s'agirait seulement de deux époux, dont l'un voudrait se consacrer à la vie religieuse ou deviendrait infirme; alors, si tous deux y consentaient, le lien conjugal serait rompu et l'époux non infirme ou restant dans le siècle pourrait se remarier. On ne peut nier qu'un certain nombre de dispositions des *libri pœnitentiales* visent cette hypothèse spéciale [3]. Nous trouverons des passages parallèles dans les capitulaires ecclésiastiques. Mais les autres textes parlent en termes généraux, dont il est arbitraire de restreindre la portée : il ne serait pas moins arbitraire de les entendre d'un simple *divortium quoad torum*. Pourvu, sans doute, que l'évêque donnât son approbation, le divorce par consentement mutuel était toléré de la puissance ecclésiastique.

Vient ensuite la répudiation. La première cause pour laquelle elle est admise, c'est l'adultère. Mais, à ce point de vue, le mari et la femme ne sont point toujours traités de la même manière. Tantôt c'est le mari seul qui a le droit de

1. *Canones Gregorii*, p. 158, c. LXV : « Legitimum conjugium non licet separare sine consensu amborum. » — *Pœnit. Theodori*, II, 12, § 7 : « Legitimum conjugium non licet separari sine consensu amborum. » — *Pœnit. Merseburgense*, c. CXXIII : « Legitimum conjugium non licet separari, nisi fuerit consensus amborum. »

2. Freisen, *op. cit.*, p. 790.

3. *Capitula Theodori*, p. 155, c. CXI : « Vir et mulier in matrimonio, si ille voluerit servire Deo et illa noluerit, aut illa voluerit et ille noluerit, vel ille infirmatus sive illa infirmata, tamen omnino consensu amborum separentur. » — *Can. Gregorii*, c. LXXXIV. — *Pœnitent. Theodori*, II, 12, § 12. — *Pœnitent. XXV capitul.*, c. IX, § 1. — *Pseudo Theodori*, c. IV, § 20.

répudier sa femme adultère, la femme, en cas d'adultère du mari, n'ayant que le droit d'entrer au couvent[1]. Ailleurs il est dit que, si le mari répudie sa femme adultère, il pourra immédiatement se remarier, et que la femme répudiée ne pourra prendre un autre époux qu'après une pénitence de cinq années[2], ou que, si elle veut entrer au couvent, il lui sera donné le quart de ses biens immeubles[3].

Un autre cas de répudiation, qui ne se confond point avec le précédent, bien que, d'ordinaire, il implique l'adultère de la femme, c'est l'hypothèse où celle-ci prend le mari en mépris et l'abandonne. Certains pénitentiels permettent alors au mari de s'unir à une autre épouse, avec le consentement de l'évêque, au bout de deux ans ou de cinq ans[4]. D'autres ne contiennent pas cette autorisation; mais la pénitence dont ils frappent le mari qui convole à un second mariage est très légère[5], moins forte parfois que celle qu'il subit lorsqu'il est expressément autorisé à se remarier[6].

1. *Capitula Theodori*, p. 155, c. CIV : « Si polluta fuerit mulier, vir ejus habet potestatem utrum vult nubere cum ea an dimittere. » P. 159, c. CLXIII : « Cujus uxor fornicata, licet eam dimittere et aliam accipere » ; c. CLXIV : Mulieri non licet fornicantem alium accipere. » *Canones Gregorii*, c. LXVI : « Si cujus uxor fornicata fuerit licet dimittere eum et aliam non(?) accipere » ; c. LXVII : Mulieri non est licitum virum suum dimittere, licet fornicatur, nisi forte per monasterium, Basilius judicavit. »

2. *Canones Gregorii*, c. LXXXII, p. 170 : « Si vir dimiserit mulierem suam propter fornicationem, si prima fuerit, licitum est ut aliam accipiat uxorem; illa vero si voluerit pœnitere peccata sua, post quinque annos alium virum accipiat. »

3. *Pœnitentiale pseudo-Theodori*, p. 582, c. IV, § 18 : « Mulier si adulterata est et vir ejus non vult habitare cum ea, dimittere eam potest juxta sententiam Domini, et aliam ducere; illa si vult in monasterium intrare IIII partem suæ hæreditatis obtineat. »

4. *Capitula Theodori*, p. 159, c. CLIX : « Laicus a quo recessit mulier cum consensu episcopi post duos annos aliam accipiat. » *Canones Gregorii*, c. LXX : « Si mulier discesserit a viro suo, dispiciens eum et nolens ad illum revertere et reconciliare cum illo viro suo, post V annos cum consensu episcopi aliam accipere licebit. »

5. *Pœnitentiale Theodori*, I, 14, § 13 : « Si ab aliquo sua discesserit uxor I annum pœniteat, ipsa si inpolluta revertatur ad eum, ceterum III annos, ipse unum si aliam duxerit. » — *Pœnitentiale Cummeani*, c. III, § 31 : « Si ab aliquo discesserit uxor et iterum reversa fuerit suscipiat eam et ipsa annum I cum pane et aqua pœniteat, vel si ipse aliam duxerit. »

6. *Pœnitentiale pseudo-Theodori*, p. 582, c. IV, § 23 : « Si mulier discesserit

Étant donné l'état de guerre et de violences presque constant à cette époque, il est naturel que la captivité de l'un des époux soit considérée comme autorisant le conjoint resté libre à contracter un nouveau mariage. Généralement, c'est la capture de la femme que prévoient les *libri pœnitentiales*; si le mari ne peut pas la racheter ou la délivrer, on lui permet de se remarier, soit immédiatement, soit au bout d'un an, et si la première femme recouvre sa liberté et revient dans sa patrie, elle ne pourra point faire rompre cette nouvelle union, mais elle pourra prendre elle-même un nouveau mari [1]. Comme la guerre ne faisait pas seule les esclaves, on prévoyait aussi le cas où un époux tombait en esclavage *jure civili*, parce qu'il ne pouvait pas payer une composition ou une dette. Les *libri pœnitentiales* autorisent la femme à contracter une nouvelle union lorsque son mari est ainsi réduit en servitude [2]. Enfin les pénitentiels admettent aussi comme une cause de

a viro suo dispiciens eum nolens revertere et reconciliari viro, post V annos, cum consensu episcopi, ipse aliam accipiat uxorem. Si continens esse non poterit, III annos pœniteat, quia, juxta sententiam Domini, mœchus comprobatur. »

1. *Capitula Theodori*, p. 148, c. XXXVI : « Cujus uxorem hostis abstulerit et non potest repetere eam, licet ei aliam accipere, melius est quam fornicari. Si postea redeat uxor, non debet recipere eam, si aliam habet, sed ipsa accipiat alterum virum, si unum ante habuit. » — *Ibid.*, c. CLX : « Si in captivitatem per vim ducta est, post annum aliam accipere potest. » — Le c. LXXII des *Canones Gregorii*, p. 169, reproduit presque littéralement le premier texte cité; il ajoute seulement : « Sententiam stat de servis transmarinis. » — *Confessionale pseudo-Egberti*, c. XXVII : « Si hostis viri alicujus uxorem abstulerit et ipse eam recuperare non potest, licet ei aliam ducere; sic enim melius est quam fornicationis crimen committere. » Cf. *Pœnitentiale Theodori*, II, 12, § 20, 23, 24. Cependant ce dernier pénitentiel semble donner aux § 21 et 22 une solution contraire : « Si in captivitatem per vim ductam redimere non potest, post annum potest alterum accipere. Item si in captivitatem ducta fuerit, vir ejus V annos expectet; similiter autem et mulier, si viro talia contigerint. *Si igitur vir alteram duxerit uxorem, priorem de captivitate reversam accipiat, posteriorem dimittat*; similiter autem illa, sicut superius diximus, si viro talia contigerint faciat. » Évidemment il y a là plusieurs solutions différentes qui sont successivement présentées.

2. *Capitula Theodori*, p. 155, c. CV : « Maritus si se ipsum servum fecerit in furto aut in fornicatione, mulier habet potestatem accipere virum. » — *Canones Gregorii*, c. CLXXV : « Maritus si se ipsum in furto aut in fornicatione

divorce l'impuissance du mari[1] et la condition servile d'un époux ignorée de son conjoint[2]. Évidemment, c'étaient autant de concessions imposées à l'Église par la nécessité, afin de ne pas se mettre en opposition trop raide avec les lois civiles[3]; mais elles étaient faites très franchement.

Les capitulaires ecclésiastiques des monarques francs sont un témoignage d'une autorité incontestable lorsqu'il s'agit de relever quelle était exactement la pratique ecclésiastique. J'ai, plus haut, cité le capitulaire de Soissons de 744, qui pose la règle de l'indissolubilité du lien conjugal, sauf en cas d'adultère de la femme. Il fut suivi de deux autres, rendus après des assemblées où figuraient, au premier rang, les dignitaires ecclésiastiques, après de véritables conciles nationaux, où, visiblement, le pouvoir royal eut pour but d'atténuer autant que possible les divergences entre la discipline ecclésiastique et la législation civile. Ce furent le synode de Compiègne, tenu en l'année 757, et le synode de Verberie, tenu probablement en l'an 758 ou 768[4]. A l'assemblée de Compiègne assistèrent les légats du pape Étienne III, l'évêque Georges d'Ostie et le *sacellarius* Jean, et, dans certains manuscrits, on mentionne pour quelques articles l'adhésion ou l'opposition de l'un d'eux[5].

Le divorce fut un des principaux points abordés dans les assemblées, et voici les dispositions les plus notables que contiennent, à cet égard, les décrets de Compiègne et de Verberie. Le second paraît avoir eu pour but, dans beaucoup de ses dispositions, de corriger ou de compléter le premier.

servum fecerit mulier habet potestatem alterum accipere virum. » — *Pœnitentiale Theodori*, II, 12, § 8 : « Maritus si se ipsum in furto aut fornicatione servum fecerit, vel quocumque peccato, mulier, si prius non habuit conjugium, habet potestatem post annum alium accipere virum, digamo vero non licet. » *Pœnitentiale XXXV, capit.*, p. 511, c. IV, § 1.

1. *Canones Gregorii*, c. CLXXIX; *Pœnitentiale Theodori*, II, 13, § 5; voyez ci-dessus, tome I, p. 234.

2. *Pœnitentiale Theodori*, II, 12, § 32; *Confessionale pseudo-Egberti*, c. XX.

3. Cf. Perrone, *op. cit.*, tome III, p. 377.

4. L'ordre dans lequel les deux assemblées se présentent chronologiquement n'est pas encore fixé d'une façon certaine. Je suis l'opinion de Boretius (p. 39); cf. Freisen, *op. cit.*, p. 782.

5. Freisen, *op. cit.*, p. 794.

1° Le synode de Compiègne permet à chaque époux, d'entrer en religion, avec le consentement de son conjoint, et l'époux qui reste dans le monde a alors le droit de se remarier[1]. Il y a donc bien, dans ce cas, dissolution du lien conjugal, et, chose remarquable, on note que l'évêque Georges a consenti. Le décret de Verberie, plus sévère et plus correct au point de vue ecclésiastique, décide que le mari, après avoir permis à sa femme de prendre le voile, ne peut pas contracter une nouvelle union[2].

2° Le décret de Compiègne permet à l'époux lépreux de donner à son conjoint l'autorisation de contracter un nouveau mariage[3]. Le décret de Verberie est muet sur ce point.

3° D'après les deux décrets, comme on l'a vu plus haut, l'impuissance du mari est une cause de divorce; ils diffèrent seulement quant à la preuve à fournir[4]. Ici encore, on constate au synode de Compiègne que *Georgius consensit.*

4° Certains actes de la femme, qui renferment un attentat ou une grave injure contre le mari, constituent des causes de divorce.

Il s'agit d'abord de l'hypothèse, précédemment examinée[5], où la femme a comploté la mort de son mari : l'exécution a même été tentée, car le mari a tué un homme en se défendant. Il peut alors prendre une autre femme d'après le décret de Verberie[6]. Un second cas est également prévu par le même

1. C. XVI (Boretius, p. 38) : « Si quis vir dimiserit uxorem suam et dederit comiatum pro religionis causa infra monasterium Deo servire aut foras monasterium dederit licentiam velare sicut diximus propter Deum, vir illius accipiat mulierem legitimam. Similiter et mulier faciat. Georgius consensit. »

2. C. XXI (Boretius, p. 41) : « Qui uxorem suam dimiserit velare, aliam non accipiat. »

3. C. XIX (Boretius, p. 39) : « Si quis leprosus mulierem habeat sanam, si vult ei dare comiatum ut accipiat virum, ipsa femina, si vult, accipiat. Similiter et vir. »

4. *Comp.*, c. XX; *Vermer.*, c. XVII; cf. ci-dessus, tome I, p. 250.

5. Ci-dessus, tome I, p. 385.

6. C. V (Boretius, p. 39) : « Si quæ mulier mortem viri sui cum aliis hominibus conciliavit, et ipse vir ipsius hominem se defendendo occiderit, et hoc probare potest, ille vir potest ipsam uxorem dimittere, et, si voluerit, aliam accipiat. »

décret, c'est l'abandon du mari par sa femme dans des circonstances graves. Le mari est contraint de passer dans un autre duché ou dans une autre province, soit pour fuir un grand danger, soit pour suivre son seigneur. La femme, retenue par ses sentiments de famille ou par ses intérêts, refuse de l'accompagner; il peut alors répudier celle-ci et en prendre une autre; quant à sa première femme, il lui est interdit de se remarier[1]. Cependant le décret de Compiègne exclut toute possibilité d'un nouveau mariage, soit pour la femme, soit pour le mari, dans une hypothèse voisine de celle-ci, celle où le mari abandonne sa femme, fuyant devant une vengeance privée[2]. Il faut admettre, pour concilier les deux textes, que le décret de Verberie a corrigé le décret de Compiègne.

Il est remarquable que ni l'un ni l'autre des décrets ne mentionne l'adultère comme cause de divorce. Cela vient sans doute de ce que le capitulaire de Soissons donnait déjà cette qualité à l'adultère de la femme[3], qui seul était pris en considération. D'ailleurs, dans cette société rude, cette cause de divorce, dans bien des cas, était probablement superflue; le mari trompé n'avait pas besoin de l'invoquer. Non seulement lorsqu'il surprenait sa femme en flagrant délit, mais aussi lorsqu'il avait contre elle de graves soupçons, le mari se faisait justice à lui-même en tuant la coupable[4]; et, vraisemblablement, cet acte était impuni. L'Église paraît avoir eu à cet égard une indulgence assez grande[5]. Sans doute, elle avait défendu tout

1. C. IX (Boretius, p. 40) : « Si quis necessitate inevitabili cogente in alium ducatum seu provinciam fugerit, aut seniorem suum, cui fidem mentiri non poterit, secutus fuerit, et uxor ejus, cum valet et potest, amore parentum aut rebus suis, eum sequi noluerit, ipsa omni tempore, quamdiu vir ejus, quem secuta non fuerit, vivet, semper innupta permaneat. Nam ille vir ejus, qui, necessitate cogente, in alium locum fugit, si se abstinere non potest, aliam uxorem cum pœnitentia potest accipere. »

2. C. XXI (Boretius, p. 39) : « Si qui propter faidam fugiunt in alias patrias et dimittunt uxores suas, nec illi viri nec illæ feminæ accipiant conjugium. »

3. Ci-dessus, tome II, p. 58.

4. Voyez dans les *Poèmes barbares* de M. Leconte de Lisle la pièce intitulée *le Jugement de Komor*, où est admirablement ressuscité le sentiment de cette justice domestique.

5. C. VIII, C. XXXIII, qu. 2 (*Paulinus Forojuliensis ad Heistulphum*, a. 794) :

nouveau mariage à l'époux qui tuait son conjoint, mais ce ne fut jamais là qu'un empêchement prohibitif, dont la dispense était assez facilement accordée[1]. Il y avait là un moyen, admis par les mœurs et par la loi, de tourner la règle de l'indissolubilité du lien conjugal. Saint Augustin y avait songé déjà[2], et divers passages d'Hincmar de Reims montrent bien que, de son temps, plus d'un mari y avait recours[3].

5° Les deux décrets contiennent une série de dispositions qui admettent le divorce dans le cas où l'un des conjoints a commis un adultère compliqué d'inceste. Lorsqu'un des époux entretient des relations adultères avec un des parents de son conjoint, celui-ci peut divorcer et se remarier; les deux coupables au contraire sont condamnés au célibat jusqu'à leur mort. Le décret de Compiègne ne vise que l'adultère de la femme avec son beau-frère[4]. Mais le décret de Verberie relève

« Occidisti uxorem tuam, partem corporis tui legitimo matrimonio tibi sociatam, *sine causa mortis, non tibi resistentem, non insidiantem quocumque modo vitæ tuæ. Non invenisti eam cum alio viro nefariam rem facientem.* » — C. v, *ibid.* (Nicolas Ier, a. 864) : « Interfectores suarum conjugum sine judicio, cum non addis, adulterarum vel aliquid hujusmodi, quid aliud habeudi sunt quam homicidæ, ac per hoc ad pœnitentiam redigendi? » — Cependant un Canon intéressant du concile de Tribur montre que l'Église cherchait à s'interposer entre la vengeance légale du mari et la femme coupable. C. XLVI (Labbe, *Concilia*, tome IX, p. 462) : « Si cujus uxor constuprata fuerit et propterea maritus capitali sententia delere illam machinaverit : ipsa vero, urgente mortis periculo, ad episcopum confugerit et auxilium quæsiverit, operosiori, si potest, episcopus labore desudet ne occidatur. Si vero non potest, nullo modo liceat ei requirenti eam reddere viro ad occidendum, quæ se ei obtulit ad defendendum : sed solerti cura transmittet eam ad locum, quem ipsa delegerit, ut secura vivere possit. Si vero interdum maritus eam invenerit et repetierit, secundum sæculum potestatem habuerit quid agere ei velit... Si autem eadem mulier timore perterrita a loco ubi eam episcopus destinavit aufugerit, et vir ejus ab episcopo semel aut bis vel sæpius repetierit, si vitam ei obtinere possit, perquirat et reddat; sin autem, omnino non reddat. Maritus vero quamdiu ipsa vivat, nullo modo alteram ducat. »

1. C. v, VIII, *dictum* sur c. IX, C. XXXIII, qu. 2; *c.* I, X, *De div.*, IV, 19.

2. C. IX, C. XXXIII, qu. 2.

3. Voyez en particulier ci-dessus, tome I, p. 21.

4. C. XII : « Si quis homo habet mulierem legitimam et frater ejus adulteravit cum ea, ille frater vel illa femina qui adulterium perpetraverant interim quo vivunt nunquam habeant conjugium. Ille cujus uxor fuit, si vult, potestatem habeat accipere aliam. »

l'inceste du mari avec sa belle-fille, celui de la femme avec son beau-fils, celui du mari avec la sœur et même avec la *consobrina* de sa femme; dans ce dernier cas, cependant, on note que l'Église n'admet pas le divorce[1].

6° Le décret de Compiègne fait, on l'a vu, de l'*error conditionis* une cause de divorce[2]. Le concile de Verberie, après avoir confirmé cette règle, statue sur le cas où l'un de deux conjoints libres est, au cours du mariage, réduit en servitude. Le lien conjugal est alors dissous, si celui qui a conservé sa liberté veut contracter un nouveau mariage avec une personne libre. Une seule exception est admise, qui jette un triste jour sur la société de cette époque : si l'époux s'est vendu comme esclave sous la pression de la misère, son conjoint, qui a partagé le pain ainsi gagné et que cette vente a sauvé lui-même de la faim, ne peut point divorcer. Le vieux texte est d'une simplicité vraiment émouvante[3]. Le concile de Verberie a aussi, sur le mariage des esclaves ou des affranchis, des dispositions intéressantes qui ont été relevées plus haut[4].

7° Enfin le décret de Compiègne contient un dernier cas de divorce, assez difficile à comprendre. Il s'agit d'un homme franc, *francus homo*, qui emmène son *vasallus* dans un pays

1. C. II (Boretius, p. 40) : « Si aliquis cum filiastra sua manet, nec matrem nec filiam ipsius potest habere, nec ille nec illa aliis se poterunt conjungere ullo unquam tempore. Attamen uxor ejus, si ita voluerit, si se continere non potest, si postea quam cognovit quod cum filia sua vir ejus fuit in adulterio, carnale commercium cum eo non habet, nisi voluntate se abstinet, potest alio nubere. » — C. X : « Si filius cum noverca sua, uxore patris sui, dormierit, nec ille nec illa possunt ad conjugium pervenire. Sed ille vir, si vult, potest aliam uxorem habere; sed melius est abstinere. » — C. XI : « Si quis cum filiastra sua dormierit, simili sententia stare potest; et cum sorore uxoris suæ simili modo stare potest. » — C. XVIII : « Qui cum consobrina uxoris suæ manet, sua careat et nullam aliam habeat. Illa mulier quam habuit faciat quod vult. *Hoc Ecclesia non recipit.* » — Cf. Scherer, *Das Eherecht bei Benedikt Levita*, p. 33 et suiv. — Freisen, *op. cit.*, p. 462 et suiv., entend ces décisions d'une annulation du mariage qui se produit *ipso facto* par l'effet de l'*affinitas superveniens*. Mais l'idée de divorce est bien plus simple; ce sont sûrement des cas de divorce que prévoient les autres dispositions citées des deux décrets.

2. C. VII; ci-dessus, tome I, p. 325.

3. Ci-dessus, tome I, p. 325, note 3.

4. C. VII, VIII, XIX, XX; ci-dessus, tome I, p. 319.

éloigné, où lui-même reçoit la concession d'un bénéfice. Cet homme meurt ensuite dans ce lieu, et un autre obtient après lui le même bénéfice, garde le même *vasallus*, et, pour mieux s'attacher celui-ci, il lui donne une femme dépendant du bénéfice. Le *vasallus*, après avoir vécu quelque temps avec cette femme, revient près des parents de son premier seigneur; il répudie sa femme et en prend un autre. Ce second mariage est valable[1]. Ce texte est quelquefois interprété autrement, mais le sens que je lui donne est nettement dégagé dans la version qu'en a reproduite Regino[2].

Ces décisions des décrets de Compiègne et de Verberie ont exercé une profonde et durable influence. Elles sont, pour la plupart, reproduites dans le recueil de Regino[3] et dans le décret de Burchard de Worms[4]; elles figurent en partie dans la Panormie d'Yves de Chartres[5], et Gratien les enregistrera encore. Mais il se fera tout un travail[6] pour les mettre d'accord avec la règle triomphante de l'indissolubilité; elles contribueront néanmoins à introduire, dissimulées sous la forme de nullités, de véritables exceptions à cette règle. De même que la théorie ancienne du *matrimonium initiatum* laissera subsister, en cas de mariage non consommé, la dissolution possible par l'entrée en religion d'un des époux ou par la *dispensatio* papale, de

1. C. IX (Boretius, p. 38) : « Homo francus accepit beneficium de seniore suo, et duxit secum suum vasallum, et postea fuit ibi mortuus ipse senior et dimisit ibi ipsum vasallum; et post hoc accepit alius homo ipsum beneficium, et. pro hoc ut melius potuisset habere illum vasallum, dedit ei mulierem de ipso beneficio, et habuit ipsam aliquo tempore; et, dimissa ea, reversus est ad parentes senioris sui mortui, et accepit ibi uxorem, et modo habet eam. Definitum est quod illam quam postea accepit, ipsam habeat. »

2. *De synod. causis*, II, 126.

3. II, 106, 107, 123, 126, 217, 214, 215. — Il est remarquable que Regino, au commencement du x^e^ siècle, admet encore pleinement la réglementation contenue dans les *libri pœnitentiales*. Voyez, dans son traité, les *capitula inquisitionis*, p. 26, n° 96 : « Si habeat pœnitentialem Romanum, vel a Theodoro episcopo aut a venerabili Beda editum, ut secundum quod ibi scriptum est, aut interroget confitentem, aut confesso modum pœnitentiæ imponat. »

4. IX, 54; XVIII, 10; XVII, 11, 17; VI, 41.

5. VI, 91.

6. Voyez déjà Benedictus Levita, VI, 235; VII, 381.

même les causes de divorce admises à Compiègne et à Verberie donneront naissance ou fourniront un appui aux nullités de mariage fondées sur l'impuissance et l'*error conditionis*, qui se sont conservées, à la nullité fondée sur l'*affinitas superveniens*, qui a disparu.

Les capitulaires des rois francs nous ont montré une transaction officielle sur la question du divorce, entre la législation civile et la discipline ecclésiastique. Nous en trouvons antérieurement une autre, du même genre, dans un code qui fut rédigé par le pouvoir séculier, mais sous l'influence directe et prépondérante de l'Église : je veux parler de la *Lex barbara Wisigothorum* sous sa forme dernière. Elle proclame en termes généraux l'indissolubilité du lien conjugal, prohibe le divorce [1], et, sur certains points, plus sévère que la loi franque, elle tire les conséquences rigoureuses de ce principe [2]. Néanmoins elle rend parfois à l'homme ou à la femme mariés la liberté de contracter une nouvelle union en rompant la première. Pour ce qui est de l'adultère de la femme, elle tourne la règle de l'indissolubilité en décidant que la femme adultère, non seulement lorsqu'elle est surprise en flagrant délit, mais aussi lorsque sa culpabilité est judiciairement prouvée, est à la merci du mari, qui peut faire ce qu'il veut d'elle et de son complice, qui peut la tuer par conséquent [3]. D'autre part, la femme a le droit de divorcer et de se remarier, lorsque son mari est coupable de crime contre nature, ou s'il a lui-même prostitué l'épouse, malgré la résistance de celle-ci [4].

1. III, 6, 1 : « Mulierem ingenuam a viro suo repudiatam nullus sibi in conjugio sociare præsumat. » III, 6, 2, *Ne inter conjuges divortium fiat* : « Ut nullus virorum, excepta manifesta fornicationis caussa, uxorem suam aliquando relinquat, et neque per testem neque per scripturam, sive sub quocumque argumento, facere divortium inter se et suam conjugem audeat. »

2. Ainsi elle n'admet point que l'époux dont le conjoint est réduit en servitude puisse se remarier du vivant de celui-ci; III, 6, 2, *in fine*.

3. *Lex Wisigoth.*, III, 4, 1, 3, 4.

4. *Lex Wisig.*, III, 6, 2 (vers la fin) : « Ea tantum conditione retenta, ut si mulieris maritus masculorum concubitor approbatur, aut si eamdem suam uxorem, ea nolente, adulterandam cuicunque viro dedisse vel permisisse convincitur, quia tale nefas fieri nequaquam inter christianos oportet, nubendi mulieri alteri viro, si voluntas ejus extiterit, nullatenus inlicitum erit. »

IV

Malgré ces transactions inévitables, les docteurs de l'Église proclamaient le principe de l'indissolubilité absolue et luttaient pour le faire triompher; ils repoussaient jusqu'au divorce pour cause d'adultère, soit du mari, soit de la femme. Telle est, au IXe siècle, la doctrine bien nette d'Hincmar de Reims [1]. Non moins net est Jonas d'Orléans, qui constate pourtant une pratique contraire, rendue possible par la tolérance des autorités ecclésiastiques [2]. A la fin du Xe siècle, Gerbert statue en termes formels [3]. L'Église, en acquérant la juridiction pleine et exclusive sur les mariages, pouvait dès lors faire passer sa doctrine dans la pratique et dans la réalité.

Cependant Fulbert de Chartres connait encore un tempérament. Il permet au mari de contracter une nouvelle union, lorsque la femme adultère est entrée au couvent [4]. Yves de Chartres semblerait même avoir admis en cas d'adultère la

1. Voyez *passim* ses deux opuscules, *De divortio Lotharii* et *De nuptiis Stephani.*

2. *De institutione laicali,* lib. II, c. XIII (Migne, t. CVI, p. 192) : « Hoc igitur tantum nefas contra præceptum Domini et Salvatoris nostri Jesu Christi, de dimittendis uxoribus et aliis ducendis, ideo inolevisse dubium non est, quoniam nefandi tanti criminis operatores severissima ecclesiastica censura, ut oportet, non percelluntur. »

3. *Lettres de Gerbert,* éd. Julien Havet, n° 195, p. 185 : « Consuluistis utrum his qui sororem suæ conjugis adulterio polluit, post peractam penitentiam ad priorem copulam redire debeat, an alteram sortiri. Et alterum quidem permittitur, alterum penitus inhibetur... Quod si mulier duxerit alterum non prius accipiat communionem quam is quem reliquit de seculo exierit, nisi forte necessitas infirmitatis dare compulerit. » — Il est à remarquer que, dans ce passage, Gerbert se place uniquement au point de vue de la juridiction disciplinaire exercée par l'Église. Il ne paraît pas admettre que l'Église puisse prononcer la nullité directe du second mariage, contracté par la femme de l'*adulter* : la communion lui sera seulement refusée. Cela donnerait à croire que du temps de Gerbert c'était encore la juridiction séculière qui connaissait de la validité des mariages.

4. *Ep. XLII Roberto Rothomag. archipræsuli* (Migne, t. CXLI, p. 223) : « Procacitas *G.* cujus mihi mentionem fecistis, satis superque fatigavit me de novis connubiis expetendis; sed ego semper obstiti, dicens non licere ei sua

dissolution du lien conjugal. Dans sa Lettre CCXXX, il déclare que la *fornicatio* d'un époux est une cause de *divortium*, et l'on croirait qu'il entend cela d'un divorce parfait, car il met sur la même ligne, comme seconde cause de *divortium* admise par l'Église, l'inceste, le mariage contracté avec une *consanguinea*, auquel cas le mariage est annulé [1]. Mais telle ne peut être sa pensée ; car, ailleurs, dans un cas pourtant très favorable, celui de *Hierosolymitani* dont les épouses avaient violé la foi conjugale pendant leur absence, il déclare que ces maris n'ont que le choix entre deux partis : ou revenir à leurs épouses en leur pardonnant, ou s'abstenir de tout commerce charnel tant qu'elles seront en vie [2]. Ce qui me paraît ressortir du pre-

uxore vivente alteram usurpare. Nunc ergo tandem rogavit me, seu callide sive simpliciter, ut sibi aut uxorem suam fugitivam redderem, aut eam, si reniteretur, excommunicarem; alioquin diceret quod ego et illa faceremus eum mœchari. Conventa igitur de hac causa, mulier respondit mihi nunquam se redituram ad illum; et quia certo noverat mores suos cum moribus *G.* convenire non posse, velle se potius renuntiare sæculo et monacham devenire, tantum si Gualerannus sibi vel centum libras nummorum Carnotensium ferendas ad monasterium daret. Ego autem inter hæc monacham illam nec fieri prohibeo nec compello, sed nec ut ad virum odientem peritura redeat coartare præsumo. *G.* autem sæpe mittit ad me licentiam iucundi connubii novi petens; illam se gurpisse suamque pecuniam recepisse, licet non vere, protestans. *Ego vero interdico ei licentiam istam, donec uxor ejus aut monacha facta sit aut defuncta.* » Cette lettre est d'autant plus remarquable que, dans l'hypothèse, il n'est point spécialement parlé d'adultère ; il s'agit d'une femme qui a abandonné son mari pour incompatibilité d'humeur.

1. P. 401 : « Nullum credo posse fieri divortium nisi causa interveniat quam Lex admittit aut Evangelium. Adhuc enim vigebant Judæorum et gentilium secundum legem naturalem sociata conjugia, et nulla vel rarissima erant christianorum connubia, quando apostolis interrogantibus si licet homini uxorem dimittere, responsum est a Domino nullum conjugatorum fieri posse divortium, excepta fornicationis causa. Sed quia secundum apostolicam doctrinam torum immaculatum et honestum connubium oportet esse in omnibus, crescente religione christiana ad causas divortii additus est incestus, qui si in aliqua copula repertus fuerit, non potest probari thorus esse immaculatus et honestus. »

2. *Ep. CXXV*, p. 224 : « De Hierosolymitanis, quorum uxores fornicatæ sunt, bene mihi videtur sentire sanctitas vestra : quia secundum evangelicam et apostolicam doctrinam oportet eos aut ad proprias uxores redire, aut, eis viventibus, sine ulla carnis commixtione remanere... Si aliquando apud nos causa fornicationis tale divortium contigerit, censura ecclesiastica cogimus vel sibi reconciliari vel sine spe manere conjugii. »

mier passage cité, c'est simplement l'expression d'une conception juridique sur le *divortium* qui, en droit canonique, a précédé la distinction entre le *divortium quoad vinculum* et le *divortium quoad torum vel cohabitationem*. On commença par concevoir une seule espèce de *divortium* : toutes les fois que la séparation de fait était judiciairement prononcée entre deux époux, il y avait également *divortium*. Mais une seconde question se posait alors : chacun des époux, ou l'un d'eux, pouvait-il ou non contracter une nouvelle union? Tantôt on l'admettait, tantôt on ne l'admettait pas. Dans le cas où une nouvelle union était interdite, une question subsidiaire se posait encore : la réconciliation des époux séparés était-elle possible? Tantôt elle l'était, comme en cas de *divortium propter fornicationem*; tantôt elle ne l'était pas, comme lorsque le *divortium* était fondé sur l'*affinitas superveniens*. Ce sont des idées sur lesquelles je reviendrai un peu plus loin.

V

Au milieu du XII^e^ siècle, la doctrine canonique sur le divorce est définitivement fixée dans Gratien et dans Pierre Lombard, dont l'accord est complet sur ce point [1]. Cependant, chez eux, elle est encore encombrée de débris provenant des textes anciens, vestiges des états précédents par lesquels elle a passé, et dont ne se préoccuperont plus les canonistes postérieurs.

Le point capital de la doctrine, parce que c'en est le plus délicat, est toujours le divorce pour cause d'adultère. Dans Gratien, c'est à la Cause XXXII, qu. 7, que se trouve le siège de la matière. La question est posée en ces termes : *Si ille qui dimiserit uxorem suam causa fornicationis, illa vivente, aliam ducere possit*? L'auteur présente d'abord la négative en reproduisant les principales autorités qui établissent ce point de droit, citations des Pères de l'Église, Canons des

1. Je laisse de côté, bien entendu, leurs divergences quant aux effets du *matrimonium non consummatum*.

conciles, décrétales des papes[1]. Mais, selon sa méthode, il expose aussi la thèse contraire[2], et, en ce sens, il se heurte à deux textes dont j'ai montré précédemment l'importance : la fin du passage de pseudo-Ambroise qui accorde la faculté de se remarier au mari, lorsqu'il a répudié sa femme adultère[3], et la lettre du pape Grégoire à saint Boniface, où le pape autorise le nouveau mariage d'un homme dont la femme est infirme et ne peut rendre le devoir conjugal[4]. Gratien, avec une, grande netteté d'esprit, déclare que le texte attribué à saint Ambroise est apocryphe[5]; quant à la lettre de Grégoire II, il n'en conteste ni l'authenticité ni la portée, mais il la déclare contraire aux Canons, à la doctrine évangélique et apostolique[6]. C'était raisonner avec beaucoup de sens critique presque comme le ferait un moderne; mais le scolastique reparaît bientôt. Après cette explication si simple et si claire, Gratien en fournit d'autres, moins satisfaisantes, mais qui montrent l'autorité encore subsistante des textes qu'il cherche à écarter. C'est ainsi que, selon lui, la lettre à saint Boniface contiendrait une dispense accordée aux Anglais par le pape Grégoire, en même temps qu'il leur accordait le droit de contracter mariage aux quatrième et cinquième degrés de parenté[7]. Mais il y a là une bévue : la dispense, quant aux mariages entre parents, se rattache au nom de Grégoire le Grand, et la lettre à Boniface est de Grégoire II. La glose

1. C. I-XVI, C. XXXII, qu. 7. Voici la conclusion (*dictum* sur c. XVI) : « His auctoritatibus evidentissime monstratur quod quicumque fornicationis causa uxorem suam dimiserit, aliam illa vivente ducere non poterit; et, si duxerit, reus adulterii erit. »

2. *Dictum* sur c. XVI : « Hæ auctoritates de iis loquuntur quorum continentiam carnalis infirmitas non impedit, vel de his qui præstantes causam discidii aliarum conjunctione se reddiderint indignos. »

3. C. XVII, C. XXXII, qu. 7.

4. C. XVIII, *ibid.*

5. *Dictum* sur c. XVIII : « Sed illud Ambrosii a falsatoribus dicitur insertum. »

6. *Ibid.* : « Illud Gregorii sacris canonibus, immo evangelicæ et apostolicæ doctrinæ penitus invenitur adversum. »

7. *Dictum* sur c. XXIV, C. XXXII, qu. 7.

du décret en fait elle-même la remarque [1], mais après avoir rapporté d'abord cette explication, par respect de la tradition. Elle fournit elle-même trois explications du texte : les deux premières sont celles que donneront alternativement dans la suite les canonistes apologétiques; elles consistent à dire ou qu'il s'agissait dans l'hypothèse d'une simple *sponsa per verba de futuro*, ou qu'il s'agissait d'une femme *arcta* avec laquelle le mariage n'avait pas pu être consommé [2], La troisième explication, plus sincère, admet qu'il s'agit là d'une véritable dispense, en vertu de laquelle l'homme, quoique engagé dans les liens d'un mariage valable, peut en contracter un nouveau; mais la glose ajoute que le droit d'accorder une semblable dispense a été abrogé [3]. Quant au passage de pseudo-Ambroise, Gratien indique une interprétation fournie par quelques-uns, qui a pour but de lui donner un sens correct et de ne pas le sacrifier. Il s'agirait là non pas d'un simple adultère, mais d'un inceste commis par la femme avec un parent de son mari et créant l'*affinitas superveniens*. Le lien conjugal serait alors dissous, et l'époux innocent pourrait contracter une nouvelle union [4]. Pour mieux éclairer l'idée, Gratien donne à la suite les principaux textes anciens qui prononçaient la dissolution du mariage pour *affinitas superveniens* [5]. Mais, contre cette

1. Glose sur ce *dictum*, vis *Illud vero* : « Quandoque bonus dormitat Homerus, vagatur Gratianus pro solutione illius capituli, et cum non inveniet, somniando attribuit S. Gregorio minori quod egregius doctor S. Gregorius major scribit Augustino : C. XXXV, qu. 3, *Quædam lex.* »

2. *Dictum* sur c. XVIII, C. XXXII, qu. 7, vo *Nubat* : « Vel intellige de sponsa et secundum hoc illud est consilium : *non enim opem subtrahit*... Vel loquitur de arcta, et illud est consilium : *non enim opem*, etc. »

3 « Vel intellige de juvene qui continere non potest, cui permittitur contrahere, cum una permissiva comparatione, ne ad plures accedat. Vel dic hoc abrogatum esse ut dixit *H.* » Sur le principe d'après lequel aucune infirmité de l'un des époux n'autorise l'autre à divorcer, voyez c. XXV-XXVIII, C. XXXII, qu. 7, et Pierre Lombard, *Sent., lib. IV*, D. XXXIV, *D.*

4. *Dictum* sur c. XVIII, C. XXXII, qu. 7 : « Hæc autem, quia viro suo se illicitam reddidit in perpetuum, dum per copulam consanguinitatis in primum vel secundum vel tertium gradum transit affinitas, licite dimittitur et, ea vivente, superducitur alia. »

5. C. XIX-XXIV, C. XXXII, qu. 7.

interprétation, deux objections se présentent à l'esprit du maître. Il fait observer d'abord que dans la théorie de l'*affinitas superveniens* le mari et la femme sont traités de la même manière, tandis que pseudo-Amboise donne au mari seul le droit de se remarier en cas d'adultère de la femme, sans aucune réciprocité. On répondait à cela par une subtilité puérile que nous avons déjà vue apparaître ailleurs : on disait que le texte n'employait pas les mots *vir* et *mulier* dans leur sens propre, mais au figuré ; il appelait *vir*, quel que fût son sexe, l'être fort qui savait résister à la tentation ; il entendait par *mulier* l'homme, aussi bien que la femme, lorsqu'il tombait dans la turpitude [1]. Mais Gratien a une seconde objection à opposer, d'une portée plus grande. Pour lui, c'est un principe absolu que, le mariage étant *ratum et consummatum*, aucun des deux époux ne peut en contracter un nouveau du vivant de son conjoint. Il l'applique donc même en cas d'*affinitas superveniens*, et déclare que seulement après la mort du conjoint incestueux l'époux innocent pourra se remarier [2]. Par là, il a été l'un des réformateurs de la théorie de l'*affinitas*.

Pierre Lombard ne s'embarrasse point des difficultés que soulève Gratien. Il tient fermement que le divorce pour cause d'adultère est interdit [3]. Il cite bien le passage de pseudo-Ambroise, mais se contente de dire : *Sed hoc a falsariis Ambrosii libro positum creditur*. Il ne cite pas la lettre de Grégoire à Boniface. Quant à la dissolution du mariage par

1. *Dictum* sur c. XVIII, C. XXXII, qu. 7 : « Virum ab Ambrosio appellatum non sexu sed animi virtute ; mulierem quoque nominatam non sexu corporis, sed mollitie mentis. »

2. *Dictum* sur. c. XVIII : « Sed quia nulla auctoritate permittitur ut, uxore vivente, alia superducatur, illud Ambrosii intelligitur in supradicto genere fornicationis, non tamen quod, vivente dimissa, aliam ducere possit, sed post mortem fornicarii vel fornicariæ... Ille qui a fornicatione mundus est, vir vel mulier aliis copulari possunt ; adulteri autem, si supervixerint, nullo modo copulari poterunt. » C'est déjà ainsi que l'entendait Benedictus Levita, VII, 381.

3. *Sent.*, *lib IV*. D. XXXV, *C* : « Ex his ostenditur quod si causa fornicationis fit separatio, non potest vir vel mulier in aliam transire copulam. Possunt autem reconciliari et cohabitare sicut prius, si dimissum alter revocare voluerit. »

l'*affinitas superveniens*, il tranche la difficulté comme Gratien, mais d'un seul mot[1].

Comment les deux maîtres ont-ils envisagé les causes de divorce, autres que l'adultère, anciennement admises?

Pour la captivité et la longue absence d'un des époux, ils n'avaient qu'à reproduire le système contenu dans les lettres des papes Léon et Innocent Ier : c'était celui de l'indissolubilité, n'admettant point le divorce en pareil cas[2]. Un texte était embarrassant en sens contraire, parce que son autorité avait été grande. C'est le chapitre du décret de Verberie qui autorise le mari, forcé de s'expatrier, à prendre une autre femme, lorsque sa première épouse a refusé de le suivre, celle-ci n'ayant point le droit de se remarier, lui vivant. Gratien a reproduit la première partie du texte, celle qui vise la femme et lui interdit un nouveau mariage; il a laissé de côté la seconde partie, celle qui concerne le mari[3]. Pierre Lombard ne cite point ce texte, mais il s'y réfère sans doute par la pensée, lorsqu'il apporte à sa doctrine rigoureuse un tempérament assez notable. En effet, il admet que, lorsqu'un homme contracte mariage loin de sa patrie qu'il a quittée, il ne peut pas abandonner sa femme sous le prétexte qu'il en a déjà une autre, restée dans son pays; tant que la preuve complète de la première union n'est pas rapportée, la seconde constitue un mariage de fait que l'Église protège et sanctionne dans le *forum externum*[4], et qui devient alors excusable devant le *forum internum*.

Les textes qui autorisaient le divorce, à raison de la condi-

1. *Sent.*, *lib. IV*, D. XXXIV, *H* : « Quod ait : cui vult nubat, intelligendum est post mortem viri... Hic de illo adulterio agitur quod cum cognata viri vel cognato uxoris committitur. »

2. C. XXXIV, qu. 1 et 2.

3. C. IV, C. XXXIV, qu. 1.

4. *Sent.*, *lib. IV*, D. XXXVIII, *E* : « Si quis relicta in patria sua uxore in longinquam abiens regionem aliam ducat uxorem, deinde pœnitentia ductus eam dimittere velit, asserens se aliam habuisse quæ vivit, nec Ecclesia permittat, quæ quod ille asserit ignorat, quæritur an hæc secunda copula sit conjugium? Sane dici potest non esse conjugium et mulierem excusari per ignorantiam,

tion servile de l'un des époux ignorée par l'autre, sont utilisés pour établir la nullité résultant de l'*error conditionis* dans la nouvelle doctrine [1]. Cependant, Gratien conserve encore dans son langage l'écho de la théorie antérieure : il emploie souvent des expressions qui désignent plutôt un divorce véritable qu'une nullité initiale [2]. On peut en dire autant de certains passages de Pierre Lombard [3]. Quant au fond, Gratien et Pierre Lombard paraissent admettre que la réduction de l'un des époux en esclavage, postérieurement au mariage, est une cause de dissolution de celui-ci. Ils reproduisent en effet un Canon du concile de Tribur qui admet que, par exception, ce résultat ne se produira pas lorsque le mari est à dessein tombé en servitude afin de rompre le lien conjugal [4]. Mais la glose du décret maintient ici dans tous les cas le mariage indissoluble [5]. Les textes qui autorisaient le divorce en cas d'impuissance du mari sont également intercalés dans la théorie de l'*impedimentum impotentiæ* [6]. Mais, dans l'exposition de Gra-

virum autem adulterium admisisse. Sed ex quo ad primam redire volens nec valens, cogitur Ecclesiæ disciplina hanc tenere, incipit excusari per obedientiam et timorem de hoc quod poscenti mulieri debitum reddit, a qua ipse nunquam poscere debet. »

1. Ci-dessus, tome I, p. 330.

2. *Dictum* sur c. III, C. XXIX, qu. 2 : « Non negatur ingenuam posse nubere servo, sed dicitur quod si nescitur esse conditio servilis, *libere potest dimitti*, cum servitus ejus fuerit deprehensa. » — *Dictum* sur c. VI : « Quia ergo hæc et personæ et conditionis dolum passa est, non cogitur adhærere ei cujus fraude decepta est. »

3. *Sent., lib. IV*, D. XXXVI, *A* : « Cum dicitur, sciens illum servum, datur intelligi quod si nescierit illum servum esse, *non cogitur manere cum ipso*. Si enim conditionis dolum patitur, non cogitur adhærere ei cujus fraude decepta est. »

4. C. VII, C. XXIX, qu. 2; *Sent., lib. IV*, D. XXXVI, *C*.

5. Glose sur c. VII, C. XXIX, qu. 2, v° *Dimitti* : « Argumentum, licet aliquid deveniat ad id in quo incipere non potuit, non tamen propter hoc irritatur. » Et plus haut, v° *Divortii* : « Sed unde haberet iste occasionem divortii propter hoc? Certe per legem quæ dicit quod servitus superveniens dirimit matrimonium, ff. *De divort.*, l. 1... Quæritur utrum iste qui se vendit, possit repeti ab uxore, quæ jus habet in eo, et in cujus opprobrium redundat hujusmodi servitus ? Argumentum quod sic ff. *De liber. causa*, l. 1 et 2. Quod concedit H(ugutio), maxime cum ea fuerit absens nec poterat reclamare. »

6. Ci-dessus, tome I, p. 239.

tien, on sent très bien le passage de la théorie du divorce à celle de la nullité du mariage [1].

Enfin des autorités anciennes permettaient un nouveau mariage à l'époux qui donnait à son conjoint l'autorisation d'entrer au couvent, tandis que lui restait dans le siècle. Gratien ne les reproduit pas, et insère au contraire le c. XXI du décret de Verberie qui révoquait cette tolérance et déclarait que l'époux autorisant ne devait point se remarier, mais se convertir lui-même à la vie religieuse [2]. C'est aussi la décision que donne Pierre Lombard [3].

VI

On le voit, la théorie des deux *magistri* sur le divorce, si nette quant au fond, est encore obscurcie à la surface par les souvenirs du droit antérieur. Mais ces disparates devaient s'effacer de la doctrine. Cette simplification dernière fut surtout l'œuvre des décrétalistes. Commentant principalement des textes conçus dans le nouvel esprit, ils ne sont point arrêtés par le scrupule de répondre aux textes abrogés. Avec eux, la doctrine devient simple et claire, résumée dans des formules nettes; avec eux, les diverses nullités qui remplacent d'anciennes causes de divorce ont pris la forme franche et dé-

1. C. XXXIII, qu. 1 : « Quod autem propter impossibilitatem reddendi debitum mulier a viro suo separari non possit auctoritate evangelica et apostolica probatur. Sic enim Christus in Evangelio : nulli licet dimittere uxorem suam nisi causa fornicationis... Unde datur intelligi quod impossibilitas reddendi debitum non facit conjugii discidium. (*Voilà la question posée sur le terrain du divorce*)... His ita respondetur : conjugium confirmatur officio ut supra probatum est ; postquam vero officio confirmatum fuerit, nisi causa fornicationis, non licet viro uxorem dimittere, vel uxori a viro discedere. Verum antequam confirmetur, impossibilitas officii solvit vinculum conjugii. »

2. C. x, C. XXXIII, qu. 5. Dans Gratien le texte est donné comme *ex concilio Remensi*.

3. *Sent.*, *lib. IV*, D. XXXII, *B* : « Si vero habitum mutaverit (mulier), non potest revocari (a marito) secundum illud : qui uxorem velare permiserit, aliam non accipiat, sed similiter convertatur. »

gagée, sous laquelle nous les avons précédemment exposées. Cependant, on trouve encore dans les recueils de Décrétales quelques causes de divorce véritable admises par les papes, comme après une grande épidémie quelques cas sporadiques apparaissent encore.

A la fin du XII[e] siècle, certains papes admettent encore qu'un époux peut se remarier lorsque son conjoint, catholique au moment du mariage, est devenu postérieurement infidèle ou hérétique. C'est ce que décidait Célestin III, ce qu'avait avant lui décidé Urbain III, (1185-1187)[1], et cette opinion ne fut définitivement condamnée que par Innocent III[3]. Raymond de Pénafort retoucha en conséquence les décrétales de Célestin III et d'Urbain III pour les insérer aux décrétales de Grégoire IX; mais les canonistes postérieurs n'ignoraient point leur portée primitive : ils soutenaient seulement que les deux papes avaient statué comme simples docteurs[4].

1. C. I, X, *De conv. infid.*, III, 33 (1191-1198) ; le texte intégral dans Friedberg, p. 588 : « Idem si quidem juris erit in sequenti casu quem proponere studuisti, quum S. christiano viro propter odium uxoris Christum negante et sibi copulante paganam et ex ea filios procreante, christiana in opprobrium Jesu Christi relicta, cum assensu archidiaconi sui ad secundas nuptias convolavit et filios suscepit ex ipsis; non enim videtur nobis quod si prior maritus redeat ad unitatem ecclesiasticam, eadem a secundo debeat recedere et resignari priori, maxime cum ab eo visa fuerit Ecclesiæ judicio discessisse, et, teste Gregorio, contumelia Creatoris solvat jus matrimonii circa eum qui relinquitur odio fidei christianæ. »

2. C. I, X, *De divort.*, IV, 19 (le texte intégral dans Friedberg, p. 722) : « De illa vero quæ, viro suo labente in hæresim, ipsius consortium sine judicio Ecclesiæ declinavit, utrum revertente illo ad catholicam unitatem ad reintegrandum matrimonium sit cogenda, videtur nobis quod mulier, maxime si ea intentione discessit, ut lapsus in hæresim tædio pariter et confusione affectus se ab errore suo converteret, ei, quum fuerit reversus, est reddenda quæ, etiamsi reverti noluerit, compelletur. Si vero judicio Ecclesiæ ab eo sine spe matrimonii redintegrandi recessit, ad recipiendum eum nullatenus eam dicimus compellendam. »

3. C. VII, X, *De divort.*, IV, 19.

4. Gonzalez Tellez, sur c. VII, X, *De divort.* : « Non autem Cœlestinus et Urbanus ex cathedra diffiniendo asseruerunt catholicum ob hæresim conjugis non teneri cum eo cohabitare, imo cum alio nuptias celebrare posse ; sed tantum ut doctores privati id asseruerunt, ut constat ex illis verbis Cœlestini : *Non enim videtur nobis quod si prior maritus redeat*; et Urbani ibi : *Di-*

Dans la *Collectio prima*, en tête du titre *De dote post divortium restituenda*, figure un *caput incertum* emprunté à l'*Appendix concilii Lateranensis* et attribué à un concile de Worms. Il faisait allusion à de véritables divorces alors encore tolérés, puisqu'il déclarait qu'au bout d'un an les époux *separati* pouvaient se remarier chacun de leur côté[1]. Raymond de Pénafort supprima cette clause et ne conserva que la partie du texte qui ordonnait de rendre intégralement leur *dos* aux femmes séparées; mais, même ainsi écourté, il présentait aux canonistes des difficultés d'interprétation assez grandes, car il s'accommodait assez mal à un système dont le divorce avait été éliminé[2].

Une décrétale du pape Innocent III montre clairement l'évêque de Vicence prononçant un vrai divorce pour absence prolongée du mari, et donnant à la femme le droit de se remarier. Le pape déclare que l'évêque a agi en homme sage et que les enfants nés de la seconde union sont légitimes, bien que le premier mari fût encore vivant[3]. Il est vrai que la décision du pape peut s'expliquer, même en admettant la nullité du second mariage qui, à cette époque, ne pouvait point faire doute[4].

cimus compellendum. Unde cum tanquam doctores privati id docuerint, tempore quo non erat ab Ecclesia definitum propter hæresim non fieri divortium quoad vinculum, non potest dici eos errasse. »

1. C. I, X, *De donat. inter vir.*, IV, 20 (les mots en italiques ont été supprimés par Raymond de Pénafort) : « Mulieres vero, quum pro aliqua licita causa a propriis viris fuerint separatæ, totam dotem præcipimus sibi reddi, *quam in die nuptiali receperunt, et post expletum annum accipiant alium virum, si voluerint; similiter et vir uxorem.* »

2. Gonzalez Tellez sur ce chapitre, notes *b* et *e*.

3. C. VIII, X, *Qui filii sunt leg.*, IV, 17.

4. Gonzalez Tellez, sur c. XIX, X, *De spons.*, IV, 1 : « Existimo Innocentium III ibi non appellasse episcopum Vicentinum virum providum, quia licentiam dedit uxori transeundi ad secundas nuptias, sed quia jussit parentibus mulieris ut nuntium mitterent et ita ad propriam patriam virum revocarent. Agnovit tamen Innocentius matrimonium secundum nullum fuisse, superstite primo marito, sed quia divortium inter eos fuerat factum per episcopum Vicentinum, et simul concessa fuerat licentia transeundi ad secundas nuptias, ideo decidit prolem legitimam esse, tanquam procreatam ex matrimonio putativo cum bona fide alterius ex conjugibus celebrato. »

Le décret de Compiègne avait permis le divorce lorsque l'un des époux, atteint de la lèpre, donnait à son conjoint l'autorisation de le quitter pour contracter un autre mariage[1]; et sans doute, dans ce cas, la coutume ancienne n'exigeait point pour le divorce le consentement de l'époux lépreux. Cette règle reparaît affaiblie dans une décrétale d'Urbain III[2]. Le pape prononce, à raison d'une *lepra superveniens*, la dissolution d'un mariage contracté, mais non encore consommé. Mais c'était là une décision qui s'expliquait par l'ancienne doctrine sur le mariage non consommé, celui-ci étant considéré comme dissoluble pour certaines causes[3]. Versé aux décrétales de Grégoire IX, dans un système où, sauf en deux points, le mariage simplement consenti produisait les mêmes effets que le mariage consommé, ce texte aurait pu conduire les interprètes à reconnaître, dans tous les cas, la lèpre comme une cause de divorce[4]. Raymond de Pénafort écarta tout danger en le corrigeant et en désignant expressément les *sponsalia* dont il était parlé comme *sponsalia de futuro*[5].

En dehors des textes canoniques, les *Assises de Jérusalem*, dans leur partie la plus ancienne, attestent la permanence du divorce à raison des infirmités graves qui rendent impossible ou insupportable la vie conjugale[6]: l'époux sain pourra se

1. Ci-dessus, tome II, p. 65.

2. C. III, X, *De conj. lepros.*, IV, 8 : « Quia postulasti utrum, postquam sponsalia inter aliquas legitimas personas contracta fuerint, antequam viro mulier traducatur, alter eorum lepræ morbum incurrat, alius ad consummandam copulam maritalem compelli debeat, vel se ad secunda vota transferre : tuæ sollicitudini respondemus, quod ad accipiendam eam cogi non debet, cum inter eos matrimonium non fuerit consummatum. »

3. Ci-dessus, tome I, p. 133.

4. Gonzalez Tellez, sur ce chapitre : « Nam matrimonium ratum quoad vinculum parum distat a consummato... Sed matrimonium ratum dissolvitur per lepram supervenientem... Igitur et similiter consummatum dirimetur ob lepram supervenientem. »

5. Gonzalez Tellez, sur ce chapitre, note *b* : « *Sponsalia*; de futuro adjecit Raymundus ut tolleret ingentem difficultatem. »

6. *Assises de la Baisse Court*, édit. Kausler, c. CLXXII : « S'il avient que uns hons ait prise une feme et cele feme devient puis mezele (lépreuse) ou cheit dou mauvais mau trop laidement (tombe du haut mal), ou li put trop fièrement

remarier; l'époux infirme entrera en religion. Sûrement, il y avait dans ce sens des idées répandues par toute la chrétienté; car, au XIIIe siècle, Hostiensis se demande encore si des infirmités semblables ne rendent pas le mariage nul. Il repousse cette solution; mais une certaine hésitation perce dans ses paroles[1]. Je crois, cependant, que c'est l'influence des principes suivis dans l'Église orientale qui a inspiré les décisions des *Assises de Jérusalem*.

L'Église d'Orient, en effet, conserva l'institution du divorce. Cela provient sans doute de ce qu'elle resta unie à l'Empire et dominée par lui; elle n'acquit la juridiction sur le mariage que par une concession bienveillante de l'État[2], et ne l'exerça que sous sa surveillance. Par suite, au lieu de réagir énergiquement contre la législation civile, elle se l'appropria dans une large mesure. Cette législation, c'était le droit romain

et le nes, ou pisce aucune nuit au lit si que tout se gastent ces dras : la raison commande que, se le marit s'en claime à l'iglise, por ce mahaing qu'il i a, que l'iglise les dot despartir par dreit, mais l'iglise deit tout premier, avant qui les parte prendre la feme et metre en un hostel o (avec) III autres bonnes femes qui soient o elle XV jors ou I mes, por veyr se ce est vérité que ses maris dit, et se cil veent et connoissent par celes femes que ele ait la tache que ses maris dit, dreis (droit) est qu'il seient partis et que celui ou cele qui avera la tache que dite est desus soit rendus en religion, et le maris peut puis bien prendre autre moulier (femme), par droit, puis que il sera partis de l'autre femme qui se sera rendue en ordre de religion. Et tout autel raison est dou marit cil avoit le mahaing que dit est desus et sa moillier nen eust point dou mahaing, et tout en autele manière deit estre juges comme est dite la raison devant de sa feme, et ce est dreit et raison par l'asise. » — *Idem*, Beugnot, *Assises de la Cour des Bourgeois*, c. CLXXV. — Sur les conséquences de ce divorce quant aux biens et quant aux enfants communs, voyez Kausler, c. CLXXIII, CLXXIV; Beugnot, c. CLXXVI, CLXXVII.

1. *Summa*, p. 377 : « Quid si naturalis sterilis sit vel alias viciosa corpore, vel si vicio vesicæ collectum humorem continere non potest, vel in lecto mingit, vel inter coxas quando debet reddere debitum; non turberis nam similia et turpiora audiuntur, nec sunt talia animarum medicis ignoranda : et hæc videtur quod impediant et dirimant, cum duo bona matrimonii deficiant, et causæ principales et finales, propter quas matrimonium contrahitur. . Secus si cognoscibilis sit quocunque modo, quamvis concipere non possit, vel in lecto mingat, vel mortuum pariat, quia hoc edictum prohibitorium est, nisi forte dominus papa contrarium responderet. »

2. Ci-dessus, tome I, p. 27.

fixé par Justinien, complété par ses successeurs; et, quelle que fût la tendance des empereurs à réformer les lois dans le sens chrétien, ils continuèrent à considérer le divorce comme un mal nécessaire, comme une concession inévitable aux faiblesses de l'homme[1]. Sans doute, cette législation finit par éliminer le divorce par consentement mutuel; mais cette élimination ne s'opéra point sans des luttes séculaires, et le résultat définitif ne fut obtenu qu'à la fin du IX^e^ siècle ou au commencement du X^e^[2]. Mais le divorce pour cause déterminée (διαζύγιον κατὰ πρόφασιν εὔλογον) fut au contraire maintenu dans une large mesure sur les bases du droit de Justinien. Il est admis pour adultère de la femme, pour haute trahison de l'un des époux, pour entreprise de l'un des époux contre la vie de l'autre. Il peut se fonder sur certains faits caractérisés, considérés comme présomptions ou preuves d'adultère : commerce de la femme avec des hommes dans des festins ou dans des établissements de bains; absence de la femme hors de la maison conjugale sans autorisation du mari; fréquentation par elle du théâtre, du cirque, des combats de bêtes à l'insu ou contre la défense du mari. Sont encore des causes de divorce : les entreprises du mari contre la pudeur ou l'honneur de sa femme; une fausse accusation d'adultère intentée par lui; le concubinat dans lequel il persévère malgré les représentations à lui faites; l'avortement commis par la femme; la conversion au christianisme d'un époux, l'autre restant infidèle; le fait pour un conjoint d'avoir tenu au baptême l'enfant commun; l'impuissance du mari; l'absence prolongée; la captivité et la réduction en servitude; la démence et la fureur; l'entrée dans les ordres religieux; l'accession à la dignité d'évêque; la lèpre[3].

1. Zhishman, *op. cit.*, p. 118; Léon le Philosophe, *Nov.* 111.

2. Zhishman, *op. cit.*, p. 98 et suiv.; spécialement p. 106, 107. — Jusque-là, malgré des contestations nombreuses, on regardait comme toujours en vigueur la *Novelle* de Justin II qui avait rétabli ce mode de divorce, momentanément supprimé par Justinien; *Nov.* 134, c. XI.

3. Zhishman, *op. cit.*, p. 119, p. 729-778. J'ai reproduit les causes du divorce dans l'ordre même où les présente Zhishman. — Cf. Perrone, *op. cit.*, p. 389 et suiv.; 394 et suiv.

VII

Le divorce proprement dit était éliminé du droit canonique occidental[1]; mais le terme *divortium* y resta. Bernard de Pavie, le premier compilateur des Décrétales, aura un titre *De divortiis*, et les collections postérieures conserveront cette rubrique. Mais ce terme n'aura plus son sens ancien et traditionnel, sauf pour un cas visé d'ailleurs au titre *De divortiis* dans les décrétales de Grégoire IX, celui où un converti répudie régulièrement son conjoint infidèle. Il désignera deux choses très différentes. Tantôt il désignera le jugement rendu sur une action en nullité de mariage, prononçant qu'il n'existe aucun lien conjugal entre deux personnes unies en fait; tantôt il répondra à une institution nouvelle, l'ancien divorce pour cause d'adultère, transformé et limité dans ses effets, *divortium quoad torum et mensam*[2]. On peut être étonné de voir deux institutions aussi distinctes confondues sous une même dénomination. Cela vient de ce que, comme je l'ai dit plus haut, pendant longtemps, on ne les distingua pas nettement l'une de l'autre au point de vue juridique, pas plus qu'on ne les distinguait nettement l'une et l'autre du divorce proprement dit, quand il existait encore. On réunissait sous l'appellation *divortium* tous les cas où deux personnes, ayant vécu comme mari et femme, étaient séparées par un jugement

1. Sauf les causes de dissolution du *matrimonium non consummatum*, et le *casus apostoli*.

2. Hostiensis, *Summa*, p. 386 : « Et quidem aliquando fit (divortium) ad tori separationem tantum, quandoque quantum ad fœdus matrimoniale dissolvendum. » — Gofredus, *Summa*, p. 191 : « Plures sunt causæ divortii secundum jura civilia, sed dicimus jura illa non tenere, et item dico in omnibus aliis legibus ex quibus habetur divortia seu repudia fieri posse præter causas canonicas, quas inferius prosequemur. Nam matrimonia jure poli non jure fori reguntur. Duo vero sunt causæ legitimæ propter quas fit divortium, quoad torum et mutuam servitutem, non quo ad fœdus seu vinculum matrimoniale, quia si semel teneat et matrimonium fuerit consummatum non dirimitur nisi morte. »

de l'Église les autorisant à cesser, ou leur défendant de continuer la vie commune : l'état de fait étant toujours le même, on ne se demandait pas si l'état de droit était identique. Dans tous ces cas, les obligations qui résultent du mariage disparaissant, il semblait que le mariage lui-même cessait d'être, sauf que parfois une *reconciliatio* des époux pouvait lui rendre l'existence[1]. On ne différenciait ces diverses hypothèses qu'à un autre point de vue : après le *divortium* prononcé, les deux époux ou l'un d'eux pouvaient-ils contracter un nouveau mariage avec une tierce personne? Tantôt on le permettait et tantôt on le défendait. On le défendait aux deux époux quand le divorce était prononcé pour adultère; on le défendait à l'un d'eux seulement lorsque le *divortium* était prononcé à raison de la frigidité ou du vœu solennel; mais entre ces deux *divortia*, juridiquement on n'établissait point une différence de nature. J'ai montré que cette conception seule pouvait expliquer certains passages des lettres d'Yves de Chartres[2]; c'est encore à ce point de vue que se place Bernard de Pavie, lorsqu'il distingue deux espèces de *divortium* : le divorce total et le divorce partiel[3]. C'est aussi dans ce sens qu'il faut entendre un passage de la *Summa Rolandi*, dans le-

1. Yves de Chartres, *Ep. CLXXXVIII*, p. 324 : « Verum postquam præcedente consensu contracta sunt fœdera nuptiarum, postquam matrimoniales tabulæ datæ sunt et cætera conjugii sacramenta completa sunt, vir et mulier unum corpus per commixtionem carnis facti sunt, *non intelligo posse dissolvi conjugium, nisi divortii causa intercurrat adulterium : quamvis enim ex adulterio, docente Evangelio, possit mulier marito reconciliari.* » — Cette conception est très nettement formulée dans un Canon du concile de Tribur rapporté ci-dessus, tome II, p. 58, note 4.

2. Ci-dessus, tome II, p. 73. *Ep. CLV*, p. 266 : « Quod ergo divina sententia sanxit et immutabile fieri voluit, non debet humano interdicto disjungi, nisi fuerit absque contrahentium factum consensu, aut per se criminosum, id est adulterinum aut incestuosum. Quod cum evenerit non est differendum sed separatione sanandum. »

3. *Summa decretal.*, p. 187 : « Divortium est viri ab uxore legitima separatio. Divortium autem aliud totale, aliud particulare; totale, quo ita separantur, ut liceat ad aliam copulam convolare, sive utrique, ut ubi separantur post consanguinitatem vel affinitatem, sive alteri tantum, ut ubi pro voto solemni vel frigiditate; particulare divortium est, ubi taliter fit separatio ut neutri liceat aliud contrahere matrimonium, veluti pro adulterio. »

quel l'auteur déclare que le *divortium propter adulterium* dissout (*dirimit*) le mariage, bien qu'il n'admette pas que les époux séparés puissent se remarier[1]. D'autre part, il semble bien que Gratien soit encore impressionné par cette conception, lorsqu'il se demande si la femme séparée de son mari *frigidus* peut se remarier : la question ne pouvait se poser que parce que le sens des mots *divortium*, *separatio*, n'était pas pleinement dégagé et fixé[2].

Mais c'était là une conception grossière et chaotique. Une analyse plus fine devait faire apparaître que, là où le divorce prononcé ne donnait à aucun des époux le droit de se remarier, en réalité il laissait subsister le lien conjugal : par conséquent on devait distinguer, comme deux institutions différentes, le divorce qui prononce la nullité de ce lien, et celui qui écarte seulement les obligations se rapportant à la vie commune. Pierre Lombard, avec sa netteté d'esprit habituelle, les avait déjà distingués : il appelait le premier la *séparation quant au sacrement*, le second la séparation de corps[3]. Mais Gratien ne contient pas cette analyse exacte, et le premier des Bolonais qui la fera, en termes différents d'ailleurs, paraît être *magister Rolandus*. Il distingue dans le mariage deux liens : l'un, le

1. Sur C. XXXII, qu. 1, p. 158 : « Fornicariam assumi non posse rationibus probari videtur. Quidquid enim dirimit matrimonium contractum, impedit contrahendum; *sed fornicatio dirimit contractum*, ergo multo magis impedit contrahendum. » — M. Freisen, il est vrai, conteste que le mot *dirimit* soit pris ici dans son sens propre, *op. cit.*, p. 843 : « Das Wort *dirimit* ist hier aber... nicht im technischen Sinne zu nehmen. » Mais je ne vois pas pourquoi il en serait ainsi. Tout ce qu'on peut dire, c'est que *magister Rolandus* emploie là une terminologie vieillie, qui ne répond plus à sa propre doctrine; il en a une plus exacte que l'on trouvera un peu plus loin.

2. C. XXXIII, qu. 2 : « Quod autem ei, cum quo prius fornicata fuerat, post separationem nubere possit, superius probatum est : mortuus est enim sibi vir ejus, ex quo Ecclesiæ judicio ab eo separata, ab ejus lege soluta est. »

3. *Sent.*, *lib. IV*, D. XXXI, *B* : « *De duplici separatione.* Separatio autem gemina est, corporalis scilicet et sacramentalis. Corporaliter possunt separari causa fornicationis, vel ex communi consensu causa religionis, sive ad tempus sive usque in finem. Sacramentaliter vero separari non possunt dum vivunt, si legitimæ personæ sint. Manet enim vinculum conjugale inter eos, etiam si aliis, a se discedentes, adhæserint. »

ligamen, empêche tout nouveau mariage que l'un des époux voudrait contracter du vivant de son conjoint; il ne peut se dissoudre que si le mariage n'était pas *legitimum*; — l'autre, c'est l'obligation au devoir conjugal; il peut se dissoudre à raison de l'adultère, mais alors le premier lien n'en subsistera pas moins[1]. En même temps, quoique l'on continuât à appeler *divortium quoad vinculum aut fœdus* la nullité du mariage judiciairement prononcée, on réserva plus spécialement le nom de *divortium* à ce que Lombard appelait la *separatio corporalis*[2]. On dit alors *divortium quoad torum et mutuam servitutem*. Ce divorce se présenta sous une double forme : comme divorce par consentement mutuel, et pour cause déterminée[3]. Le divorce par consentement mutuel, c'est le vœu de continence formé par les deux époux ou par l'un d'eux, l'entrée de l'un d'eux ou de tous deux en religion, l'entrée du mari dans les ordres sacrés, tels qu'ils ont été décrits précédemment. Mais alors, sauf le cas d'entrée en religion, il y avait *divortium quoad torum* mais non *quoad habitationem*, car la vie commune continuait, à l'exception des rapports conjugaux; les effets de ce divorce n'étaient donc pas toujours les mêmes[4]. Mais, comme au fond il n'y a là qu'une qualification nouvelle

1. Sur C. XXXII, qu. 7, p. 187 : « Matrimonium nulla ratione posse dissolvi docetur, sed intuendum est quod duplex est matrimonii vinculum. Uno tenemur ad debitum uxori exigenti reddendum, altero ad matrimonium cum aliqua, uxore vivente, nullo modo contrahendum. Fornicatione intercedente, altero remanente, primum solvitur, primum possibile est solvi; secundum vero, matrimonium legitimum cum fuerat, impossibile est solvi. »

2. Glose sur c. 1, C. XXXII, qu. 7 : « Divortium autem non est verum nisi cum fit animo constituendi discessionem... Nec fit divortium quoad matrimonii essentiam, sed quoad usum carnis, et dupliciter fit, vel perpetuo, vel ad tempus. »

3. Gofredus, *Summa*, p. 191 : « Duæ vero sunt causæ legitimæ, propter quas fit divortium quoad torum et mutuam servitutem... scilicet religio et fornicatio. »

4. *Bern Pap.*, *Summa decretal.*, p. 189 : « Effectus vero divortii particularis est ut alter alteri debitum reddere non teneatur; fit autem tale divortium alias a coitu solo, alias a coitu et cohabitatione : a solo coitu ut in uxore clerici fornicata, ut C. XXXIII, qu. 2, c. x; a coitu et habitatione ut pro idolatria uxoris vir ab ea separatur et quoad coitum et quantum ad cohabitationem, ut C. XXVIII, qu. 1, c. vi. »

donnée à des actes que j'ai déjà étudiés, je n'ajouterai rien sur ce point. Le divorce *quoad torum* pour cause déterminée, origine de notre séparation de corps, demande un examen plus attentif.

VIII

Ce divorce, singulièrement transformé depuis ses premières origines qui se trouvent dans le droit romain, n'avait pas vu seulement restreindre ses effets et limiter sa portée ; il avait pris aussi un caractère nouveau et des plus remarquables. Il était devenu essentiellement judiciaire.

Dans le système du droit romain, comme dans celui de la loi juive, le *repudium* était un acte privé : il émanait de la seule autorité de l'époux qui y avait recours, sauf pour l'autre conjoint le droit de soumettre au juge la question de savoir si la répudiation n'était pas intervenue en dehors des cas permis et des conditions exigées par la loi. L'Église posa, au contraire, de bonne heure cette règle qu'aucun époux ne pourrait abandonner ou expulser son conjoint sans que l'évêque ou le synode eussent préalablement statué sur le cas[1]. Le concile d'Agde, en particulier, avait posé très nettement le principe[2], et ce principe fut constamment dans la suite appliqué au divorce, qu'il s'agît du *divortium quoad vinculum* ou du *divortium quoad torum*[3]. On en trouve des applications très fréquentes dans les collections de Décrétales.

1. *Bern. Pap., Summa decret.*, p. 187 : « Fiebat autem (divortium) antiquitus dato libello repudii... de tali divortio habes in Veteri Testamento et *Dig. De divortiis* per totum, et *Cod. De repudiis* per totum, ubi etiam causæ enumerantur, quibus repudium mitti possit... Cæterum canonica et evangelica auctoritate hujusmodi repudium seu divortium christianorum expiravit ab aula, Domino præcipiente ut nullus dimittat uxorem, excepta fornicationis causa. »

2. Ci-dessus, tome II, pp. 47 et 57, note 4.

3. *Bern. Pap., Summa decret.*, p. 188 : « Divortium fieri non potest absque ecclesiastico judicio et sine causæ cognitione, ut C. XXXIII, qu. 2, c. I, et C. XXXV, qu. 6, c. X, etiam si causa divortii sit omnibus manifesta ut infra (c. III, X, *De divort.*, IV, 19) ; solus ergo ecclesiasticus judex divortium facere potest, sed tamen alter conjugum potest divortium postulare. »

Pour quelles causes le divorce seul maintenu, le *divortium quoad torum et mensam*, pouvait-il être prononcé? Ici, le droit canonique se montra fort sévère et le développement fut très lent. Appliquant à ce divorce les paroles de l'Évangile selon saint Mathieu sur la *dimissio uxoris*, les canonistes anciens s'accordaient généralement à déclarer qu'il ne pouvait avoir pour cause que la fornication de l'un des époux. Mais on ne pouvait en rester là. Les fondateurs de la doctrine paraissent même avoir eu une conception plus large. Gratien assimile à la fornication tout acte contre nature de la part du mari[1]. D'autre part, certains passages de saint Augustin assimilaient aussi à la fornication le fait de sacrifier aux idoles ou d'adorer les faux dieux[2]. On s'empara de ces textes, bien qu'ils visassent une hypothèse spéciale, celle où l'un des époux était chrétien l'autre restant païen, et qu'ils s'appliquassent au divorce véritable permis dans ce cas par la discipline ecclésiastique. On les appliqua à la théorie nouvelle du *divortium quoad torum*, et l'on admit que celui-ci pourrait être demandé contre l'époux devenu païen ou hérétique. Il en fut de même d'un autre texte[3] où il était parlé d'un époux qui cherchait à entraîner au crime son conjoint[4]. Cette doctrine un peu confuse se précisa peu à peu, et l'on admit trois causes distinctes de *divortium quoad torum*.

La première, c'est la *fornicatio carnalis*, c'est l'adultère, aussi bien celui du mari que celui de la femme. Celle-ci a, en

1. C. XI, XII, C. XXXII, qu. 4; c. VII, C. XXXII, qu. 7, et la glose v° *Sodomita*: « Idem dices si propriam uxorem polluit extra claustra pudoris, vel se ipsum polluit propriis manibus : numquid ob hoc potest dimitti? Videtur quod sic, quia nomine mœchiæ omnis illicitus concubitus, et illicitus membrorum usus continetur. »

2. C. V, VI, C. XXVIII, qu. 1.

3. C. IV, C. XXVIII, qu. 1.

4. *Bern. Pap., Summa decret.*, p. 189 : « Causæ vero divortii particularis... aliæ perpetuo separationem inducunt, ut adulterium, hæresis; item si maritus ad idolatriam seu latrocinium uxorem compellat, uxor ab eo divortium quærere potest, similiter et e contra, ut C. XXVIII, qu. 1, c. IV et infra, *Quæsivit* (c. II, X, *De divort.*); quod tamen divortium eatenus credo servandum, quatenus ille in scelere perseverat. »

effet, le droit d'accuser, à fin de divorce, son mari adultère[1]. Mais l'action intentée de ce chef par l'un des époux pouvait être paralysée par diverses exceptions : les auteurs anciens en donnent des énumérations quelque peu différentes par le nombre de numéros qu'elles comportent, mais qui, au fond, reviennent au même[2]. Voici les hypothèses vraiment distinctes qu'elles relèvent :

1° L'époux actionné en divorce peut repousser la demande en prouvant que le conjoint accusateur est lui-même coupable d'adultère[3].

2° Lorsque la femme a été prostituée par le mari, celui-ci ne peut pas demander le divorce à raison de l'adultère[4].

3° Lorsque l'époux coupable de fornication croyait son conjoint décédé, il n'y a pas en droit adultère de sa part, à raison de sa bonne foi, parce qu'il n'y a pas eu dol.

4° Lorsque la femme a subi une violence, a été *vi oppressa*, l'action en divorce n'est pas fondée.

5° Lorsqu'il y avait eu réconciliation entre les époux, postérieurement à l'adultère, l'action était encore non recevable. Les textes ne s'occupent ordinairement que du mari pardonnant à sa femme; mais il en est de même dans l'hypothèse inverse. Ce fut d'ailleurs pendant longtemps une question délicate et classique que celle de savoir si le mari pouvait pardonner et continuer la vie conjugale. On avait, à cet égard, des scrupules très vifs et dont l'origine était fort lointaine. Il faut, en effet, les attribuer en partie à l'influence persistante qu'avait exercée dans le monde romain la disposition de la loi *Julia*, punissant le mari lorsqu'il ne répudiait pas la femme

1. Hostiensis, *Summa*, p. 387 : « Sicut autem maritus potest accusare uxorem, sic et uxor maritum, et quantum ad hoc non ad imparia judicantur. »

2. Voyez en particulier Hostiensis, *Summa*, p. 387, avec l'indication des textes à l'appui.

3. Hostiensis, *Summa*, p. 387 : « Primus casus est si ipse eodem vitio laborat; nam si in casu præcedenti vir excipit de adulterio, ipsa replicabit de eodem vitio; et si maritus accuset, ipsa excipiat. »

4. *Bern. Pap.*, *Summa decretal.*, p. 188 : « Et hoc puto in judicio ecclesiastico; aliter in seculari, quia lex eum ob lenocinium non repellit. »

adultère[1]. Ils venaient aussi de cette idée que c'était profaner le corps du mari, représentant les membres du Christ lui-même, que de le souiller au contact de la femme adultère. Les *libri pœnitentiales* punissent dans certains cas une telle conduite. Cependant l'esprit de clémence finit par l'emporter ; cette solution était inévitable, alors qu'on défendait à l'époux trompé de contracter une nouvelle union. Telle est la doctrine d'Yves de Chartres[2]. Pierre Lombard[3] et Gratien[4] l'enseignent également, quoique ce dernier y apporte une légère restriction[5] ; c'est la solution définitive des Décrétales[6].

La seconde cause de divorce était la *fornicatio spiritualis* c'est-à-dire l'apostasie ou l'hérésie de l'un des époux[7]. Nous avons vu que les premiers interprètes avaient élargi cette idée. Ils admettaient que le *divortium* pouvait être demandé par un époux toutes les fois que son conjoint le poussait à commettre un délit. Les décrétalistes conservèrent-ils cette règle ? Quelques-uns, comme Innocent IV, la tenaient pour certaine[8] ; mais d'autres docteurs la repoussaient nettement, ou la considéraient comme fort douteuse[9]. Dans tous les cas, c'était là une

1. Saint Augustin, *De adulter. conjugiis*, l. II, c. IX : « Verum ecce non fiat (reconciliatio), nemo compellit, quia forte lex aliqua hujus sæculi vetat, secundum terrenæ civitatis modum, ubi cogitata non est abolitio criminum per sanguinem sanctum. »

2. *Ep. CCXXII*, p. 389; *Ep. CXXV*, p. 225; *Ep. CLV*, p. 264; *Ep. CXLVIII*, p. 255; *Ep. CLXXXVIII*, p. 324.

3. *Sent., lib. IV*, D, XXXV, *C, D, E.*

4. C. I-X, C. XXXII, qu. 1.

5. *Dictum* sur c. X, C. XXXII, qu. 1 : « Quod si illa adulterio perseverare elegerit, patronus turpitudinis et lenocinii reus maritus habebitur nisi eam adulterii ream facere voluerit. » Gratien joint à cela la citation d'une constitution des empereurs Sévère et Antonin, rendue par interprétation de la loi *Julia*.

6. C. III, VII, X, *De adulter.*, V, 16.

7. C. I, VI, VII, X, *De divort.*, IV, 19.

8. Sur c. II, X, *De divort.*, IV, 19 : « Trahendo eam ad idolatriam; idem est et si ad aliquod peccatum. »

9. Panormit., sur c. I, X, *De divort.*, IV, 19, n° 2 : « Nota hic regulam quod qualecunque delictum committat alter conjugum, non potest alius ob hoc petere separationem conjugii etiam quoad torum, fallit in delicto fornicationis, sive sit fornicatio carnalis, sive sit fornicatio spiritualis. » Mais il

interprétation large de la notion de *fornicatio spiritualis* ; ce n'était pas une cause de divorce parfaitement distincte de celle-ci. Aux deux premières qui viennent d'être signalées, la doctrine en ajouta cependant une troisième : ce furent les sévices graves commis par un des époux contre l'autre.

Le point de départ de cette doctrine paraît se trouver dans l'interprétation du texte par lequel débute aux Décrétales le titre *De divortiis*[1]. Ce texte n'est pas autre chose que le chapitre du décret de Verberie sur la femme qui a comploté la mort de son mari, modifié par Raymond de Pénafort de manière à le mettre d'accord avec la règle de l'indissolubilité absolue[2]. Tel qu'il est rédigé sous cette nouvelle forme, il ne parle pas de séparation; il dit seulement que le mari pourra se remarier après la mort de sa femme coupable, et que celle-ci ne le pourra pas après la mort de son mari. Cependant, dans ce cas, il était bien impossible d'admettre la continuation de la vie commune. Selon les docteurs, le mari pouvait alors, de sa propre autorité, abandonner sa femme, et, si celle-ci demandait la *restitutio*, il pouvait lui opposer une exception dite *exceptio sævitiæ :* mais, cela étant admis, il était plus régulier de faire ici encore intervenir le juge et de faire de ce cas une nouvelle cause de divorce. En élargissant cette hypothèse, et en s'appuyant sur un autre texte[3], on en arriva à décider que le *divortium quoad torum* pourrait être prononcé toutes les fois qu'il existerait une haine capitale entre les époux et qu'il serait à craindre de les voir attenter à la vie l'un de l'autre[4]. Mais il

ajoute un peu plus loin : « Quod si maritus conatur uxorem ducere ad aliud delictum præter hæresim numquid uxor poterit ob hoc petere separationem quoad mutuam cohabitationem? Innocentius sentit quod sic... et satis potest dici quod si non potest compesci ab ista violentia potest fieri separatio, nam præsumptio est cujusdam infidelitatis, si persistit conjux in trahendo conjugem ad delictum, nec ab hac pravitate compesci potest. »

1. C. I, X, *De divort.*, IV, 19.

2. Ci-dessus, tome II, p. 65, note 6. Dans le texte inséré aux décrétales de Grégoire IX, au lieu des mots « potest, ut nobis videtur, ipsam uxorem dimittere, et si voluerit aliam ducere », on lit : « Potest ipse, *post mortem uxoris*, si voluerit aliam ducere. »

3. C. XIV, X, *De rest. spol.*, II, 137; ci-dessus, tome II, p. 19, note 4.

4. Panormit., sur c. I, X, *De divort.*, n° 4 : « Sed quæro quid si in mortem

semble que d'abord on ne soit pas allé plus loin : le *divortium* ne pouvait être prononcé que s'il y avait péril pour la vie de l'un des époux. La conception finit par s'élargir; on admit qu'il suffisait, pour le divorce, d'une *nimia sævitia*, sauf à discuter ce qu'il fallait entendre par là. On se demandait surtout si des coups suffisaient, spécialement à l'égard de la femme; mais l'opinion dominante tendait à laisser la détermination de ce point à l'arbitraire du juge[1]. Le droit canonique n'alla pas plus loin et arrêta là la liste des causes de *divortium quoad torum*.

L'action par laquelle celui-ci était demandé, lorsqu'il était admis, se distinguait, par certains caractères spéciaux, de la procédure ordinaire dans les causes matrimoniales. En premier lieu, le droit d'agir n'appartenait qu'à l'époux seul qui avait à se plaindre de son conjoint[2]. Secondement, pour que le divorce fût admis à raison de l'adultère (et, sans doute, il faudrait dire la même chose pour les autres causes), il suffisait

mariti mulier continue insidiatur, nec potest quoquo modo compesci, numquid liceat hoc casu marito eam deserere? Textus hic non aperit, sed Hostiensis format quæstionem et dicit, quod ex quo cautionis remedio provideri non potest, potest eam repellere et sibi petenti restitutionem obstabit exceptio sævitiæ; pro hoc bonus textus in c. *Litteris*, in fine *De rest. spoliat.*, ubi videtur probare idem fore in marito prosequente uxorem odio capitali, et per illum textum dico quod per judicem hoc casu poterit separari matrimonium quoad mutuam cohabitationem, et notabis specialiter illum textum in fine quem nescio alibi; remanebunt tamen vir et uxor licet separati. »

1. Gonzalez Tellez, sur c. 1, X, *De divort.*, IV, 19 : « Quæ autem dicatur nimia sævitia non facile constat apud interpretes, qui primo examinant an ex causa verberum divortium peti possit ab uxore. Et negant Baldus, Rolanus, Tiraquellus; affirmant Uranius, Alexander. Sed verius distinguendum est : aut ex gravi causa et leviter, aut ex levi causa et crudeliter uxor verberibus afficitur. Primo casu divortio locus non est, quia modica castigatio maritis permissa est. Secundo vero casu, cum nimia coercitio culpæ annumeretur, divortio locus est... Alias vero causas sævitiæ, ob quas matrimonium solvi possit, arbitrio judicis, qui pro qualitate personarum et ingeniorum diversitate eas æstimare debet, relinquunt Covarruvias et Menochius. »

2. Hostiensis, *Summa*, p. 387 : « Talis adultera accusari potest quoad penam legalem vel canonicam infligendam et tunc quilibet admittitur... sed quoad divortium separandum non admittitur aliquis nisi maritus. » Ci-dessus, tome I, p. 406.

de l'aveu de l'époux coupable, tandis que la *confessio* des époux ne suffisait jamais pour faire prononcer le *divortium quoad vinculum* [1].

IX

Les effets du *divortium quoad torum* consistaient en deux choses : 1° les époux ne se devaient plus le devoir conjugal; 2° ils étaient libérés de l'obligation de cohabitation et des obligations secondaires qui dérivent de celle-ci, de ce que l'on appelait la *mutua servitus* [2]. Mais ces effets n'étaient point considérés comme formant un tout indivisible. Dans le divorce par consentement mutuel, intervenant *religionis* ou *orationis causa*, on admettait, comme je l'ai dit plus haut, que l'obligation de cohabitation subsistait bien que l'obligation au devoir conjugal disparût [3]. A l'inverse, certains canonistes s'étaient demandé, lorsque le *divortium* était prononcé pour *fornicatio spiritualis*, si l'époux libéré du devoir de cohabitation ne devait pas encore le devoir conjugal sur la réclamation de son conjoint; mais l'opinion commune s'était prononcée contre cette distinction [4].

Le *divortium* laissait-il subsister l'obligation alimentaire entre les époux? Les principes semblent conduire à l'affirmative, et c'est ce que décide Gonzalez Tellez dans le cas d'un

1. Panormit., sur c. III, X, *De divort.*, n° 2 : « Ubi agitur de adulterio ad separationem tori valet confessio solius conjugis; nam ad solam confessionem mulieris fuit hic separatum matrimonium quoad torum. Secus est ubi agitur de substantia vinculi; ratio diversitatis est quia primo casu solum tractatur de præjudicio confitentis. »

2. Hostiensis, *Summa*, p. 388 : « Effectus ejus sententiæ est quod maritus absolvitur ab ejus cohabitatione et servitute mutua. »

3. Ci-dessus, tome II, p. 88.

4. Panormit., sur c. I, X, *De divort.*, n° 4 : « Quæritur tertio, si separetur matrimonium propter fornicationem spiritualem, numquid innocens sit absolutus a redditione debiti carnalis? Quidam tenuerunt quod non, sed tantum a mutua servitute, quia Christus solum excipit delictum fornicationis; contrarium hic tenet Hostiensis et melius, quia licet exceperit fornicationem, non tamen distinxit inter spiritualem et carnalem; unde favore fidei debemus intelligere de spirituali. »

divorce prononcé pour *sævitia* [1]; mais le contraire est dit dans un jugement de l'officialité de Cerisy, de l'année 1371 [2], qui confirme avec une grande précision la plupart des autres points que j'ai relevés jusqu'ici [3].

Les effets de ce *divortium* étaient-ils irrévocables et définitifs? Ils ne l'étaient certainement pas, en ce sens qu'une réconciliation volontaire pouvait toujours intervenir entre les époux, et alors la vie commune reprenait, avec toutes les obligations qu'elle entraîne. Mais la question se posait autrement et sous cette forme : En dehors de la volonté concordante des deux époux, les effets du divorce pouvaient-ils être écartés, et la vie commune imposée de nouveau? Pour y répondre, il fallait d'ailleurs examiner plusieurs hypothèses distinctes.

On se demandait d'abord si, le divorce ayant été prononcé pour adultère, l'époux innocent pouvait après coup renoncer au jugement qu'il avait obtenu, et, pardonnant à l'époux coupable, forcer celui-ci à reprendre la vie commune. Gofredus, après avoir exposé le pour et le contre, conclut dans le sens de l'affirmative, en supposant que l'époux innocent est le mari [4]; et Panormitanus donne la même solution en termes généraux [5].

1. Sur c. I, X, *De divort.*, n° 12 : « Divortio facto, maritus tenetur præstare alimenta uxori. »

2. *Registre*, n° 428, p. 350 : « Cum nobis (constet) tam per confessionem Johannis Moulin et Thomassie relicte Germani Guesdon quam alias matrimonium per carnalem copulam inter ipsos nullatenus fuisse consummatum, dictumque Johannem in legem matrimonii predicti peccasse contra... talem carnaliter cognoscendo, dictamque Thomassiam simile delictum non commisisse, dictumque matrimonium inter ipsos non fuisse reconciliatum; ea propter ad instanciam, petitionem et requestam dicte Thomassie, divortium quoad torum et bona, mutuam servitutem et *alimentorum exhibitionem*, inter ipsos tenore presentium celebramus; injungentes eisdem et eorum cuilibet... ac etiam decernentes quatenus segregatim, continenter et caste de cætero vivant quousque matrimonium supradictum copula carnali vel alias fuerit reconciliatum. »

3. Le *divortium quoad torum* se présentait toujours dans les temps anciens accompagné d'une demande en restitution ou attribution de la dot; voyez Hostiensis, *Summa*, p. 387 et suiv.; mais je laisse ce point de côté, ne traitant pas ici du mariage quant aux biens.

4. *Summa*, p. 192 : « Puto in quæstione præmissa virum posse reconciliare uxorem etiam invitam. »

5. Sur c. III, X, *De divort.*, IV, 19, n° 12 : « Possit et invita (uxor) reconci-

Mais on ne s'arrêtait pas là. En supposant que l'époux, qui avait obtenu le divorce pour adultère de son conjoint, venait postérieurement à se rendre lui-même coupable de fornication, la réconciliation paraissait encore s'imposer. Un texte le décidait formellement ainsi [1], et cela était conforme à l'esprit de l'Église qui tâchait, par tous les moyens, d'empêcher la fornication. On pouvait ajouter que les choses en étaient venues à un état qui, s'il eût existé lors de la sentence, aurait rendu la demande en divorce inadmissible. Certains docteurs allaient jusqu'à dire que l'époux même contre lequel avait été rendue la sentence pouvait alors demander contre son conjoint la *reassociatio* [2]. Mais cela sembla généralement exorbitant; on s'en tira en disant que, si l'époux condamné ne pouvait pas réclamer l'autre époux, devenu également coupable, le juge pouvait d'office imposer la *reconciliatio* [3]. Il résultait de là, comme l'observe Panormitanus, que la sentence ici, comme lorsqu'il s'agissait de la validité ou de la nullité d'un mariage, n'avait point véritablement force de chose jugée; ou, du moins, le divorce n'était prononcé que conditionnellement, à condition que les époux vivraient *continenter*.

liari marito, licet fuerit separata judicio Ecclesiæ; nam illa sententia separationis fuit lata in favorem non delinquentis, ideo non debet retorqueri in ejus læsionem, maxime cum duret vinculum matrimoniale. »

1. C. III, X, *De divort.*, IV, 19.

2. Gofredus, *Summa*, p. 192 : « Pone quod uxor separetur per sententiam a viro propter fornicationem spiritualem vel carnalem, postea vir similiter fornicatur, numquid potest mulier virum repetere cum effectu, sententia non obstante? » — Cf. Hostiensis, *Summa*, p. 388 : « Potest (maritus) intrare religionem et in seculo vivere continenter; alias enim cogitur recuperare, etiamsi jurasset eam non recipere. »

3. Gofredus, *Summa*, p. 192 : « In hac quæstione scripsit frater Raymundus in *Summa* sua credere quod Ecclesia ex officio suo compellere debeat virum ad uxorem redire. » — Panormit., sur c. v, X, *De divort.*, n° 11 : « Sed opinio communior et favorabilior est ut matrimonium reintegretur saltem officio judicis, quod tenet Innocentius et hoc satis mihi placet, ne isti sic separati incidant in adulterium. Et quia, stante vinculo matrimoniali, non potest dici quod injuria sit illata mulieri seu ipsi matrimonio, et ideo debet fieri hinc inde compensatio, et ex hoc nota quod sententia fuit lata super separatione matrimonii quoad torum, non tamen transit ex toto in rem judicatam. »

Une question semblable se présentait lorsque le divorce avait été prononcé à raison de la *fornicatio spiritualis*. Si l'époux hérétique se convertissait, n'avait-il pas le droit de demander la *reassociatio*? Il semble qu'on eût dû répondre affirmativement, en appliquant *à fortiori* les principes que je viens d'exposer; c'est, en effet, ce que décide très nettement un texte aux décrétales de Grégoire IX, ainsi que la glose ordinaire qui l'accompagne [1]. Cependant, cette solution faisait difficulté et quelques-uns la repoussaient, parmi les meilleurs canonistes [2]. La raison était qu'un autre texte [3] décidait en pareil cas que l'époux fidèle, séparé *judicio Ecclesiæ* de son conjoint apostat, ne devait en aucune façon, après le retour à la foi de celui-ci, être forcé de reprendre la vie commune. Mais ce texte, je l'ai dit plus haut, avait été conçu d'après l'opinion qui, jadis, avait admis dans ce cas un véritable divorce *quoad vinculum*.

L'époux qui avait obtenu un jugement prononçant le divorce *quoad torum* et qui voulait éviter la réconciliation forcée avait pour cela un moyen absolument sûr : c'était de se faire religieux [4]. Du moment où il avait été séparé *judicio Ecclesiæ*, il était *liberatus a mutua servitute* et pouvait, sans consulter son conjoint, embrasser la vie religieuse, qui constituait pour lui un état définitif.

1. C. VII, *in fine*, X, *De divort.*, IV, 19; cf. c. fin, X, *De convers. conjug.*, III, 32.
2. Panormit., sur c. VI, X, *De divort.*, IV, 19.
3. C. VI, X, *De divort.*, IV, 19; ci-dessus.
4. C. fin., X, *De convers. conjug.*, IV, 32.

CHAPITRE III

Les secondes noces. — Le concubinat.

I. Les secondes noces. La bigamie quant aux ordres. Le refus de la bénédiction nuptiale. — II. Le concubinat. Le *concubinatus* romain et l'Église.

I

Le mariage étant conclu et consommé, le droit canonique avait exclu la possibilité d'un nouveau mariage pour l'un ou l'autre des époux, du vivant de son conjoint. Mais, lorsque le *ligamen* était rompu par la mort de l'un d'eux, le survivant pouvait-il, libre désormais, contracter une nouvelle union? L'Église se trouva, dès les premiers temps, sollicitée par deux tendances opposées, lorsqu'elle dut prendre parti sur la question. D'un côté, l'esprit du droit canonique fut de pousser d'un élan puissant les fidèles au mariage. Pour la foule, le mariage était le seul remède à l'incontinence; il semblait donc que l'Église dût, après la mort d'un époux, non seulement permettre, mais conseiller et presque ordonner au survivant un nouveau mariage. Mais, d'autre part, le commerce des sexes, même en état de légitime mariage, apparaissait aux Pères de l'Église, et plus tard à ses théologiens, comme quelque chose d'impur[1] : le

1. Pierre Lombard, *Sent., lib. IV*, D. XXXI, *F* : « Quando enim, servata fide tori, causa prolis conjuges conveniunt, sic excusatur coitus ut culpam non habeat. » D. XXXI, *H* : « Sed forte aliquis dicet omnem carnis concupiscentiam

mariage constituait un état très inférieur à l'état de continence. S'il était nécessaire à la plupart des hommes, n'était-ce pas assez de le permettre une fois à chaque personne, et la récidive n'était-elle pas un abus? Ajoutez à cela que le principe de monogamie, dans sa plus complète et plus haute expression, conduit à cette conséquence que, deux époux s'étant unis, chacun d'eux ne doit jamais recevoir un autre époux et doit rester fidèle à son conjoint non seulement pendant la vie de celui-ci, mais encore après sa mort. Cette logique sentimentale s'était introduite, au témoignage de Tacite, dans les mœurs des Germains [1]; et le droit sacré des Romains l'avait imposée, en même temps que l'indissolubilité du mariage, aux flamines et au *pontifex maximus* [2]. Par la conjonction de ces diverses idées, on comprendrait très bien, en logique, que le droit canonique eût interdit les seconds mariages.

De ces deux tendances, ce fut la première, la plus humaine, qui l'emporta. Cela était inévitable, car elle seule pouvait répondre aux nécessités de la vie. Mais elle ne l'emporta point sans lutte [3]. Quoi qu'il en soit, voici les résultats auxquels aboutit le droit canonique de l'Église occidentale.

Il laissa pleinement ouverte à l'époux survivant la faculté de contracter un nouveau mariage, que celui-ci, d'ailleurs, fût pour l'époux remarié une seconde, troisième, quatrième ou subséquente union. Il appela *secundæ nuptiæ* tout mariage

et delectationem, quæ est in coitu, malum esse et peccatum; quia ex peccato est et inordinata. Et nos dicimus illam concupiscentiam semper malum esse, quia fœda est et pœna peccati; sed non semper peccatum est. » — C. VII, C. XXXIII, qu. 4 (lettre douteuse de Grégoire Ier; voyez Friedberg, p. 1248, note 44), et la glose sur ce texte, v° *Voluptate* : « Et ita coitus non potest fieri sine peccato. Hic applaudit sibi Hu(gutio) et sumit opinionem quod nunquam opus conjugale sine peccato potest exerceri, unde etiam qui debitum reddit peccat venialiter. »

1. *De mor. Germ.*, c. 19.

2. Tertullien, *De monog.*, c. XVI : « Certe flaminica non nisi univira est, quæ et flaminis lex est. Nam cum ipsi pontifici maximo iterare matrimonium non licet, utique monogamiæ gloria est. »

3. Zhishman, *op. cit.*, p. 400 et suiv.; Perrone, *op. cit.*, tome III, p. 74 et suiv.

qui était contracté par une personne postérieurement à un premier mariage, et les docteurs disaient que même un millième mariage serait en droit possible et légitime [1]. Nous avons vu également que le droit canonique dispensa la femme veuve d'attendre l'année de deuil, sous peine d'infamie, avant de convoler en secondes noces [2]. Mais, cependant, il considérait tout second ou subséquent mariage comme entraînant une certaine déchéance morale de l'individu, et traduisait cette idée par des effets juridiques ou des signes extérieurs. Cela se résumait en deux règles.

1° L'homme qui s'était marié deux fois ne pouvait pas être admis aux *ordines sacri*. Il était dit bigame, et cette bigamie lui fermait l'accès des ordres sacrés [3]. D'ailleurs, la même irrégularité atteignait celui qui ne s'était marié qu'une fois, mais qui avait épousé une veuve ou une fille *corrupta* : celui-là seul y échappait, quoique marié, qui avait contracté *cum unica et virgine*. Le clerc *in minoribus constitutus* qui se remariait ou se mariait dans les mêmes conditions (et ce mariage était valable) perdait, en plus, deux des privilèges que le droit canonique accordait aux clercs, le *privilegium canonis* et le *privilegium fori*; une des conditions essentielles pour que le *clericus conjugatus* conservât ces privilèges était ici, encore, qu'il eût contracté *cum unica et virgine* [4].

2° La bénédiction nuptiale est refusée aux seconds mariages [5]. Cette règle, qui était très ancienne [6], semble bien avoir

1. Gofredus, *Summa*, p. 194 : « Est autem sciendum quod secundæ nuptiæ et tertiæ et ulterius permittuntur, dummodo nullum legitimum subsit impedimentum. Unde Hieronymus : Non damno bigamos nec trigamos, nec, si dici potest, octogamos, et Dominus septemvirum non damnavit. » — Hostiensis, *Summa*, p. 399: « Quæ dicuntur secundæ nuptiæ? Et quidem quæcumque sequuntur primas secundæ dicuntur, etiam si millesimæ sint. »

2. Ci-dessus, tome I, p. 401. Voyez cependant Hostiensis, *Summa*, p. 399 v°.

3. DD. XXXIII, XXXIV; Hostiensis, *Summa*, p. 398 : « Sequitur tamen irregularitas et ideo promoveri non potest ad ordines sacros. »

4. C. I, VI, *De clerc. conj.*, III, 2.

5. C. I, III, X, *De sec. nupt.*, IV, 21.

6. Voyez le passage d'Hincmar de Reims, cité, tome I, p. 107, note 4. — C. VIII, C. XXXI, qu. 1 (concile de Néocésarée).

été dictée par cette idée que la bénédiction ne doit être donnée qu'aux époux qui contractent en état de virginité [1]. Mais ce n'est point le principe qui se dégagea. Il eût conduit logiquement à refuser la bénédiction nuptiale à des époux qui se mariaient pour la première fois, mais qui certainement n'étaient plus vierges [2]; la bénédiction eût dû être également refusée aux personnes qui se mariaient pour la seconde fois, mais qui n'avaient pas reçu la bénédiction lors de leur premier mariage, comme il arrivait souvent dans le droit ancien. Or, justement dans ces deux hypothèses elle était accordée [3]. On s'attacha à une autre idée, à savoir que la bénédiction nuptiale ne devait point, par elle-même, être renouvelée; elle ne devait être donnée qu'une fois à la même personne. Quelle raison pouvait-on en fournir? La glose de Bernard de Parme en donne le motif qu'un sacrement ne doit point être réitéré [4]. Mais il était doublement erroné, et parce que la bénédiction nuptiale n'est pas un sacrement [5], et parce que certains sacrements admettent la répétition [6]. On ne paraît pas d'ailleurs avoir trouvé de justification meilleure, mais on s'attacha à ce principe, et on lui fit produire ses conséquences logiques, celles que j'ai indiquées plus haut, et d'autres encore. Ainsi l'on décidait que la

1. Hostiensis, *Summa*, p. 399 : « Vel dic quod illicitæ sunt (secundæ nuptiæ) quoad benedictionem, quia nisi virgo cum virgine contraxerit non debet sacerdos interesse, id est non debet benedictionem præbere. »

2. Hostiensis, *Summa*, p. 399 : « Ergo, sive vir, sive mulier, ad bigamiam transeat, quia notorium est eum vel eam corruptam esse, benedictio non præstatur. »

3. Hostiensis, *Summa*, p. 399 v° : « Quid ergo si duo ad bigamiam transeant, qui tamen nunquam fuerunt benedicti? Utique tales poterunt benedici. »

4. Glose sur c. 1, X, *De sec. nupt.*, vis *Cum secunda* : « Non debent benedici secundæ nuptiæ ad exhortationem continentiæ... et alia ratio est quia sacramentum iterari non debet. »

5. Panormit., sur c. 1, X, *De sec. nupt.*, n° 6 : « Sentit per hoc glossa quod benedictio, quæ impenditur nuptiis, sit sacramentum, quod non approbat Joh(annes) And(reæ) et bene. Non enim reperitur inter septem sacramenta Ecclesiæ, sed potius est quoddam sacramentale, id est sacræ rei signum, ipsum tamen matrimonium sacramentum est. »

6. Gofredus, *Summa*, p. 195 : « Alias quare non possit iterari benedictio nuptialis, cum alia sacramenta iterentur, scilicet pœnitentia, extrema unctio, manus impositio ordinatoria vel reconciliatoria? »

bénédiction ne serait pas donnée aux personnes qui contractaient après un premier mariage déclaré nul et non consommé, mais à l'occasion duquel elles avaient cependant été *benedictæ*[1]. De même, on décidait que, si, de deux époux, l'un seulement convolait en secondes noces, l'autre se mariant pour la première fois, la bénédiction nuptiale ne serait pas donnée[2]. En la donnant, on l'aurait nécessairement réitérée à l'égard de l'un des conjoints. On prétendait d'ailleurs ne point priver l'époux monogame du bienfait de la bénédiction : l'autre époux avait été déjà bénit et, par l'*unitas carnis* qu'entraînait la consommation du mariage, il communiquait à son conjoint les effets de cette bénédiction antérieure[3]. Il résultait de cette conception que le refus de la bénédiction n'était plus réellement considéré comme une peine des secondes noces ou comme un signe de la virginité perdue; il résultait d'une logique spéciale quant à la nature de la bénédiction elle-même[4]. Il se maintint d'ailleurs assez longtemps, sur ce point, des coutumes divergentes. Bernard de Pavie nous apprend que, dans certaines églises, pour savoir si la bénédiction serait ou non donnée aux époux, on ne s'attachait qu'à la condition de la femme : il fallait et il suffisait qu'elle contractât un premier mariage pour que la bénédiction intervînt[5]; Hostiensis signale

1. Hostiensis, *Summa*, p. 399 : « Sed si duo contrahant matrimonium et ambo benedicantur, demum ante consummatum matrimonium fertur divortium propter impedimentum consanguinitatis probatum vel aliud canonicum, et uterque ipsorum convolat ad secunda vota, numquid benedictio dabitur in secundis nuptiis? Et videtur quod sic... Sed contra... Nuptiæ non dicuntur proprie benedici sed ipsæ personæ et non potest negari quin benedictæ sint istæ personæ. »

2. C. III, X, *De sec. nupt.*, IV, 21.

3. Hostiensis, *Summa*, p. 399 : « Et ideo si alter eorum secundo contrahat, non dabitur benedictio, nam caro benedicta trahet ad se non benedictam, ut sit tota una simul effecta per carnis copulam. » Cf. Panormit., sur c. III, X, *De sec. nupt.*, n° 1.

4. Hostiensis, *Summa*, p. 399 : « Non tamen est vis in corruptione sed in benedictione... Ergo non est vis nisi in benedictione jam recepta quæ iterari non debet... Non est vis in bigamia sed potius in benedictione. »

5. *Summa decret.*, p. 194 : « Est tamen quarumdam ecclesiarum consuetudo ut non ad virum sed ad mulierem consideratio habeatur; nam mulier primo

le même usage, et il ajoute que, dans certaines églises, on bénit indistinctement tous les mariages [1].

L'Église orientale s'est montrée plus sévère à l'égard des seconds et subséquents mariages. Non seulement elle a maintenu les pénitences dont l'Église frappait anciennement ceux qui convolaient en secondes noces, non seulement elle rattache aux secondes noces certaines déchéances plus étendues que dans l'Église occidentale, mais, de plus, elle déclare nuls les quatrièmes mariages, et, dans certains cas, les troisièmes [2].

II

En même temps qu'elle favorisait et réglementait le mariage légitime en lui donnant une solidité qu'il n'avait jamais eue, l'Église avait été amenée à condamner sévèrement ce qui en est la contrefaçon, c'est-à-dire le concubinage. Le droit canonique considère comme un délit tout commerce sexuel en dehors du mariage; que les relations entre l'homme et la femme non mariés soient durables ou passagères, elles sont toujours une *fornicatio*, à moins qu'à raison de la qualité des coupables ou à raison des circonstances elles ne constituent un délit plus grave [3]. Cependant, cette règle absolue fut lente à se fixer. Pendant plusieurs siècles, lorsqu'elle était encore sous l'influence directe des lois et des mœurs romaines, l'Église fut hésitante quant à la manière dont devaient être traités par elle certains concubinages.

nubens benedicitur, cuicunque nubat, sive agamo, sive monogamo, sive bigamo; mulier vero secundo nubens non benedicitur. »

1. *Summa*, p. 399 : « In aliquibus tamen ecclesiis observatur de consuetudine prava quod indistincte benedicuntur; in aliis non inspiciunt bigamiam viri sed mulieris tantum, dicentes quod benedictio tantum mulieri præstatur; sed male dicunt quia non ad imparia judicantur. »

2. Zhishman, *op. cit.*, p. 408 et suiv., spécialement p. 449 et suiv.; Perrone, *op. cit.*, III, p. 98 et suiv.

3. Panorm., sur c. VI, X, *Qui filii*, IV, 17, n° 12 : « Cum de jure canonico omnis coitus præter uxorium sit expresse reprobatus. »

Les lois de l'empire romain avaient, en effet, admis un concubinage légal, sous le nom de *concubinatus*. Celui-ci, qui impliquait des relations suivies entre un homme et une femme non mariés, ne produisait d'ailleurs aucun des effets civils du mariage légitime, ni la paternité civile, ni le devoir de fidélité imposé à la femme sous les peines de l'adultère [1]. Il avait pourtant été expressément visé et reconnu par les lois d'Auguste [2]. Mais cette reconnaissance avait une portée légale toute particulière; elle eut effet surtout pour le droit pénal. C'est un sujet d'ailleurs encore fort obscur; mais on peut distinguer, cependant, dans ses traits généraux, l'évolution qui se produisit.

Sous la République, le concubinat était un pur état de fait, la concubine n'était qu'une maîtresse, et le langage traduisait très nettement cette idée, comme l'atteste un passage de Sabinus conservé par Paul [3]. Cette pure union de fait n'avait aucune valeur juridique au point de vue de la loi civile. Au point de vue de la loi pénale, elle pouvait devenir un délit non par elle-même, mais à raison de la qualité des femmes qui s'y engageaient. Non seulement, si la concubine était une femme mariée, il y avait adultère; mais même, quoiqu'elle fût libre de tout lien conjugal, si elle était de condition ingénue, il y avait en principe le délit de *stuprum*. Le droit romain n'admettait pas en effet qu'il fût licite à une femme libre de naissance d'entretenir, en dehors du mariage, un commerce charnel [4] : cette règle ne cessait de s'appliquer que lorsqu'il s'agissait de femmes appartenant au monde du prolétariat

1. Paul Gide, *L'enfant naturel et la concubine dans la législation romaine*, à la suite de l'*Étude sur la condition privée de la femme*, 2e édition, p. 547 et suiv.

2. L. 3, § 1, D., *De conc.*, XXV, 7 : « Concubinatus per leges nomen assumpsit. »

3. L. 144, D., *De verb. sign.*, L, 16 : « Libro memorialium, Massurius scribit pellicem apud antiquos eam esse habitam, quæ, cum uxor non esset, cum aliquo tamen vivebat, quam nunc vero nomine amicam, paulo honestiore concubinam appellari. »

4. Esmein, *Mélanges d'histoire du droit*, p. 96.

ou de la prostitution proprement dite. Par là même, les femmes que l'on prenait pour concubines étaient presque exclusivement des affranchies ou même des esclaves ; la condition juridique de ces dernières n'était point une gêne, puisqu'il s'agissait d'une union extra-légale et purement de fait. Pour la même raison, il n'y avait aucune règle qui empêchât un homme de prendre à la fois plusieurs concubines, pourvu que toutes fussent des femmes *in quas stuprum non committitur*. A cette même condition, un homme marié pouvait avoir, en même temps que sa femme, une ou plusieurs concubines[1], car l'adultère du mari n'était pas punissable par lui-même ; celui-ci ne pouvait être puni que comme complice d'une femme adultère ou comme auteur d'un *stuprum*[2]. Le *concubinatus*, ainsi conçu et reconnu licite, était largement pratiqué chez les Romains ; il s'étalait au grand jour, sans entraîner aucune défaveur dans l'opinion publique. C'était un de ces faits inévitables que les sociétés antiques, à qui la pudeur raffinée était inconnue, admettaient sans les dissimuler, alors que les sociétés modernes les relèguent dans l'ombre et s'efforcent de les ignorer.

Avec la législation réformatrice d'Auguste, cet état de choses se modifia. Des mœurs, la reconnaissance du concubinat passa dans la loi. Les *Leges*, dit un texte plus haut cité, prononcèrent le nom du *concubinatus* qui, jusque-là simple expression de la langue courante, devint ainsi un terme de droit. Ces *Leges*, ce sont certainement les lois *Julia* et *Papia Poppæa*[3]. Il est donc à présumer que, dans le système de peines et de récompenses civiles qu'elles organisaient, elles prenaient en considération le concubinat, fait licite et usuel, et y attachaient certains avantages soit pour l'homme, soit pour la femme ; mais ce point ne peut être précisé dans l'état actuel de nos connaissances. Pour le surplus, cette législation ne paraît pas avoir touché au régime antérieur du concubinat. Il devait pourtant

1. Voyez le passage de Lactance cité plus haut, tome I, page 91, note 1.
2. Esmein, *Mélanges*, p. 74 et 92.
3. Voyez sur ce point Accarias, *Précis de droit romain*, I, p. 247.

y être apporté, par voie d'interprétation, des modifications profondes qui se ramènent à cette idée : le concubinat, visé désormais par la loi, était devenu un état légal, de simple état de fait qu'il était auparavant.

L'interprétation dégagea d'abord des conséquences de cette idée au point de vue de la loi pénale. La loi *Julia, de adulteriis et stupro* avait consolidé, en les précisant, les principes anciens quant aux délits contre les mœurs : elle avait en particulier maintenu l'ancienne notion du *stuprum*. Mais fallait-il tenir encore, comme autrefois, que tout commerce entretenu en dehors du mariage avec une femme *ingenua et honesta* était un *stuprum*, alors même qu'il se présentait sous la forme du *concubinatus*? Certains jurisconsultes le soutenaient encore au IIe siècle, et, en cela, ils étaient fidèles à la tradition[1]. Mais un raisonnement très fort se présentait en sens contraire : Comment pouvait-on voir un délit dans un mode d'union reconnu par la loi elle-même? Par cette reconnaissance, le législateur semblait bien l'avoir considéré comme licite par lui-même, indépendamment de la condition sociale des personnes unies[2]. Cela conduisait à reconnaître comme licite le concubinat entretenu avec une femme *ingenua honestæ vitæ*. C'est en effet, ce qu'admet Marcien, se dégageant non sans peine des idées traditionnelles[3]. C'est l'opinion qui définitivement s'était établie[4], puisque l'empereur Aurélien fit une loi pour défendre de nouveau le concubinat avec les femmes ingénues[5]. Mais, en fait, cela ne fut jamais qu'une exception ; les concubines furent presque toujours des affranchies ou des esclaves.

La reconnaissance légale eut également des conséquences

1. Ainsi Ulpien, l. 1 pr., D., *De concubinis*, XXV, 7 ; mais il invoque l'autorité de Atilicinus, contemporain de Sabinus et de Proculus.

2. L. 3, § 1, D., *De conc.*, XXV, 7 : « Nam, quia concubinatus per leges nomen assumpsit, extra legis pœnam est. »

3. L. 3, pr. D., *De conc.*, XXV, 7.

4. Le titre *De concubinis* au *Digeste* contient ce texte de Paul (l. 4) : « Concubinam ex sola animi destinatione æstimari debet. » Cf. Paul, *Sentences*, II, 20 : « Concubina ab uxore solo dilectu separatur. »

5. Flavius Vopiscus, *Divus Aurelianus*, c. XLIX : « Concubinas ingenuas haberi vetuit. »

quant à la réglementation du concubinat. Puisque c'était un état légal, on fut naturellement amené à en fixer les conditions. Par là même, l'esprit était invité à une comparaison entre le concubinat et le mariage : elle est attestée par des textes où les jurisconsultes font observer que le concubinat est possible avec certaines personnes, bien que le mariage avec elles soit interdit en vertu de dispositions particulières [1] ; elle ressort aussi de ce qu'on écarte expressément entre concubins l'application de la règle qui défend les donations entre époux - et l'*actio rerum amotarum* [3]. Cependant, on ne transporta point dans le concubinat toutes les conditions de fond exigées pour la validité du mariage. Les textes antérieurs au règne de Constantin n'en signalent que trois : il faut que la concubine soit nubile [4] ; on ne peut point prendre pour concubine sa propre sœur, ni la fille de sa sœur [5] ; un fils ne peut prendre pour concubine celle qui a été la concubine de son père [6]. Mais on devait aller plus loin. En vertu du principe de monogamie, le concubinat se rapprochant insensiblement du mariage, on devait interdire à l'homme qui avait une épouse légitime d'avoir en même temps une concubine. En fait, c'est bien ainsi que la conscience publique entendait les choses : on optait entre le mariage et le concubinat [7] ; mais il n'est point certain que cette prohibition se soit introduite dans le droit avant les empereurs chrétiens. Justinien déclare bien qu'elle était déjà édictée par l'ancien droit [8] ; un texte des Sentences de Paul la

1. L. 1, § 2, l. 5, D., *De conc.*, XXV, 7.

2. L. 3, § 1, D., *De donat. inter virum et ux.*, XXIV, 1 ; l. 31 pr., D., *De donat.* XXXIX, 5.

3. L. 17 pr., D., *Rer. amot.*, XXV, 2.

4. L. 1, § 4, D., *De conc.*, XXV, 7.

5. L. 56, D., *De ritu nupt.*, XXIII, 2.

6. L. 1, § 3, D., *De conc.*, XXV, 7 ; l. 4, C., *De nupt.*, V, 4. — Sans doute, dans ces cas, le concubinat prohibé devenait punissable comme *stuprum*.

7. Jul. Capitolinus, *M. Antoninus philosophus*, 29 : « Enisa est Fabia ut Faustina mortua in ejus matrimonium coiret, sed ille concubinam sibi ascivit procuratoris uxoris suæ filiam, ne tot liberis superduceret novercam. »

8. L. 3, C., *Comm. de manu.*, VII, 15 : « Hominibus etenim uxores habentibus concubinas vel liberas vel ancillas habere, nec antiqua jura, nec nostra concedunt. »

contient même expressément[1]; mais ces témoignages ne sont pas décisifs[2]. Dans tous les cas, la sanction manquait, car elle n'aurait pu se présenter que sous la forme d'une accusation en adultère contre le mari, et la femme n'avait pas le droit d'intenter cette accusation. Ce qui paraît certain, c'est qu'un homme non marié pouvait avoir à la fois plusieurs concubines; c'est un fait qui ne tombe pas encore sous le coup de la loi pénale à l'époque de Justinien[3]. Enfin, le concubinat, même monogame, s'il est permis de s'exprimer ainsi, se dissolvait selon le désir des deux parties; il n'y avait pas même à parler de divorce, et cette rupture n'entraînait pas après elle de conséquences juridiques. Telle était cette institution lorsque l'Église, réglementant le mariage des chrétiens, fut nécessairement appelée à porter sur elle un jugement.

Ce jugement ne se dégagea pas tout d'abord avec une netteté complète : la doctrine de l'Église oscilla entre deux tendances opposées, dont on retrouve alternativement l'expression, parfois jusque dans les écrits d'un même auteur.

L'une de ces tendances poussait à reconnaître le concubinat, mais en l'assimilant au mariage, quant à l'observation des principes que l'Église considérait comme essentiels : soumis à la règle de la monogamie et à celle de l'indissolubilité, le concubinat pouvait fort bien être accepté par l'Église, car alors, en fait, il ne différait plus du mariage. Dans ce sens, les *Canones sancti Hippolyti* décident que le chrétien qui vit avec une *concubina specialis*, dont il a eu un enfant, ne peut la répudier pour épouser une autre femme, à moins qu'elle ne lui ait été infidèle[4]. Saint Augustin, quoique sévère contre le concubinat, incline à admettre au baptême la concubine lorsqu'elle déclare qu'elle ne connaîtra jamais un autre homme

1. *Sent.*, II, 20, 1 : « Eo tempore quo quis uxorem habet, concubinam habere non potest. »

2. Justinien, en effet, ne précise point l'époque à laquelle remonte cette législation, et le texte de Paul a pu être altéré en passant dans la *Lex Romana Wisigothorum*.

3. *Nov.* 18, c. v; *Nov.* 89, c. xii, § 4, 5.

4. Haneberg, *Canones sancti Hippolyti* († 235), p. 72, cité d'après Freisen, *op.*

que celui avec lequel elle vit, alors même lorsqu'elle serait abandonnée par lui[1]. Le premier concile de Tolède permet expressément le concubinat au chrétien non marié, mais à la condition qu'il s'en tienne à une seule femme, épouse ou concubine[2]; et un texte attribué, quoique faussement, à Isidore de Séville, reproduit la même doctrine[3]. Le concile d'Orléans de 538 assimile aussi simplement, au point de vue de la bigamie et de l'entrée dans les ordres, le concubinat et le mariage[4].

C'est à cette tendance que répondit la législation des empereurs chrétiens. Dans la mesure du possible, elle rapprocha le concubinat du mariage et en même temps le consolida. Ainsi s'expliquent, d'un côté, la constitution de Constantin qui défend expressément à tout homme marié d'avoir une concubine[5], et, d'autre part, les lois qui admirent la légitimation des enfants par le mariage postérieur des concubins[6].

Mais ce courant d'idées ne devait pas être le plus fort. Le concubinat, par son origine et son histoire, était trop profon-

cit., p. 59 : « C. XVI. Si christianus, postquam cum concubina speciali vixit, quæ ex ipso peperit filium, illa spreta (aliam feminam) ducere vult, est occisor hominis, nisi forte in fornicatione illam deprehenderit. »

1. *De fide et operibus*, c. XIX : « De concubina quoque, si professa fuerit nullum se alium cognituram, etiamsi ab illo cui subdita est dimittatur, merito dubitatur utrum ad percipiendum baptismum non debeat admitti. »

2. C. IV, D. XXXIV : « Is qui non habet uxorem et pro uxore concubinam habet, a communione non repellatur : tamen ut unius mulieris, aut uxoris, aut concubinæ sit conjunctione contentus. »

3. C. V, D. XXXIV : « Christiano non dicam plurimas, sed nec duas simul habere licitum est, nisi unam tantum aut uxorem, aut certe loco uxoris (si conjux deest) concubinam. » Voyez la note 46, éd. Friedberg, p. 196.

4. *Concil. Aurelian. III*, c. IX (Bruns, p. 194) : « De his qui ex concubinis filios habent et uxores legitimas habuerint, aut defunctis uxoribus sibi concubinas publice crediderint sociandas, id observandum esse censuimus, ut sicut eos qui jam sunt clerici per ignorantiam ordinati non removemus, ita statuimus ne ulterius ordinentur. »

5. L. un., C., *De conc.*, V, 26 : « Nemini licentia concedatur constante matrimonio concubinam penes se habere. » Cette loi donne à croire, par elle-même, que la prohibition n'existait pas auparavant.

6. Ci-dessus, tome II, p. 39. Cela supposait que la filiation paternelle des enfants nés d'un concubinat était reconnue par la loi. A quelle époque ce principe fut-il introduit? Il paraît impossible de le déterminer.

dément pénétré de mauvaises habitudes pour qu'il pût être efficacement discipliné. Il avait été créé pour satisfaire à des besoins que reconnaissait la société païenne, mais que l'Église n'admettait pas ; il répondait à des mœurs faciles que repoussaient la morale et la pudeur chrétiennes. Ce qu'il avait en lui d'irrémédiable, c'est qu'à côté d'unions régulières en fait et très semblables au mariage, il abritait des débauches impudentes et impunies. Sans exagération, Salvien, au v^e^ siècle, pourra parler des riches qui ont des troupeaux de concubines[1] ; Justinien, au siècle suivant, signalera le même fait[2], mais sans sévir contre lui autrement que par un blâme et en refusant alors aux enfants nés de ces concubines tout droit de succession sur les biens de leur père[3]. Avec un instinct sûr, une doctrine se forma dans l'Église, d'après laquelle il ne fallait pas chercher à purifier, mais bien à éliminer le concubinat. Elle a son expression très nette dans les *Constitutions apostoliques*, où il est dit que le fidèle qui vit avec une concubine doit l'abandonner si elle est esclave, l'épouser si elle est libre[4] : sinon il sera rejeté de la communauté des fidèles. Saint Augustin

1. *De gubernatione Dei*, l. IV : « Ecce enim ab hoc scelere vel maximo prope servorum numerus immunis est. Numquid enim aliquis ex servis turbas concubinarum habet? » Il est vrai qu'il parle là surtout de l'inconduite des gens mariés ; il a dit plus haut en parlant du concubinat licite : « Nam de concubinis quippiam dici forsitan etiam injustum esse videatur : quia hoc in comparatione supradictorum quasi genus est castitatis, uxoribus paucis esse contentum et intra certum conjugii numerum frenos libidinum continere. »

2. *Nov.* 89, c. XII, § 5 : « Si vero effusa concupiscentia ei fuerit, et alias super alias superinduxerit priori concubinas, et multitudinem habuerit mulierum fornicantium. »

3. Mais, chose remarquable, Justinien paraît maintenir leurs droits successoraux aux enfants de la *prior concubina* ; *Nov.* 89, c. XII, § 5.

4. *Const. apost.*, VIII, 32 ; dans Pitra, *Jus eccles. Græc.*, tome I, p. 66 (*Pauli apost. canones*, n° 11) : Πιστὸς ἐὰν ἔχῃ παλλακὴν, εἰ μὲν δούλην, παυσάσθω καὶ νόμῳ γαμείτω· εἰ δὲ ἐλευθέραν ἐκγαμείτω αὐτὴν νόμῳ· εἰ δὲ μὴ, ἀποβαλλέσθω. — Le chapitre précédent admet pourtant au baptême l'esclave concubine d'un païen, si elle ne connaît point d'autre homme. Mais on s'explique aisément la pensée de faveur qui dicte cette solution ; la femme dépend alors de son maître et l'Église n'a pas d'empire sur celui-ci ; c. X : Παλλακὴ τινὸς ἀπίστου δούλη, ἐκείνῳ μόνῳ σχολάζουσα, προσδεχέσθω· εἰ δὲ καὶ πρὸς ἄλλους ἀσελγαίνει, ἀποβαλλέσθω. — Cf. le passage de saint Augustin cité ci-dessus, tome II, p. 110, note 1.

professe la doctrine la plus nette à cet égard[1]. Un sermon attribué à saint Ambroise est également formel : il vise le cas très fréquent où un homme non marié prenait pour concubine son esclave, et décide que celui-ci doit alors affranchir la femme et l'épouser[2]. Le pape saint Léon examine la même hypothèse dans une lettre célèbre adressée à Rusticus de Narbonne ; il décide que l'homme fait alors très bien en quittant sa concubine pour prendre une femme légitime et qu'un clerc peut lui donner sa fille[3]. On voit aisément qu'il donnerait la même solution si la concubine était de condition libre. Dans le même sens, on décidait que le fait d'avoir une seule concubine, même sans avoir été précédemment marié, entraînait, pour l'entrée dans les ordres, la même irrégularité que la bigamie.

L'institution du concubinat légal était d'ailleurs une conception juridique trop particulière au droit romain pour qu'elle pût se maintenir lorsque se fut perdu le sens exact de ce droit et que la civilisation et les mœurs des Romains eurent elles-mêmes disparu. Aussi, dans la monarchie franque, n'en est-il plus question. Le concubinat apparaît de nouveau comme un simple état de fait, nécessairement condamné par l'Église. Ce n'est pas, que, dans un âge grossier, il ne fût fort répandu. Il se produisait souvent au plein jour, soit comme une habitude de jeunesse chez les hommes encore non mariés[4],

1. Sermon 289, C. IV, *Appendice* : « Præcipue temporibus christianis concubinas habere nunquam licuit, nunquam licebit. » Tout le développement montre bien qu'il s'agit du concubinat licite d'après la loi romaine, du concubinat des gens non mariés.

2. C. IX, C. XXXII, qu. 4 ; note 163, éd. Friedberg, p. 1129 : « Non est Ambrosii. »

3. C. XI, XII, C. XXXII, qu. 2.

4. Hincmar de Reims, *De nuptiis Stephani* (*Opera*, II, p. 648) : « Ut adsolet, inquiens Stephanus, in fragili juventutis ætate cum quadam femina juvene mihi convenit. Sed et quando tempus mihi advenit, ut more prædecessorum meorum legitimum conjugium peterem... filiam meis natalibus competentem... legaliter petii et obtentam legaliter desponsavi. » — Jonas d'Orléans, *De institut. laicali*, lib. II, c. II (Migne, t. CVI, p. 171) : « Summopere studendum est conjugii copulam adeuntibus ut nec clanculo cum meretricibus, nec palam cum ancillulis, antequam uxorio vinculo se innectant, corrumpantur. »

soit comme un écart fréquent chez les hommes mariés[1]. Mais ce n'était plus, à aucun degré, une institution juridique[2], et l'Église n'avait plus à le condamner par une sentence particulière; il suffisait de la condamnation générale qu'elle prononçait contre toute espèce de fornication. Certains textes pourraient cependant faire illusion à cet égard : ce sont des passages de Raban Maur et d'Hincmar, divers passages des *libri pœnitentiales*, un canon d'un concile de Mayence de l'année 852, qui visent, soit par une citation directe, soit implicitement, le canon du concile de Tolède et l'Épître de saint Léon à Rusticus plus haut cités[3]; ils semblent donc supposer la persistance du concubinat romain. En réalité, il n'en est rien. Ils citent ces textes par la force de la tradition, et ils les utilisent seulement dans la partie qui pouvait convenir au nouvel état social. Ils en retiennent ceci : qu'il est impossible d'avoir une concubine en même temps qu'une épouse, et qu'on peut abandonner une concubine pour contracter un légitime mariage.

Mais lorsque fut arrêté scientifiquement le système du droit canonique, ses constructeurs se trouvèrent en face de deux séries de textes contradictoires sur le concubinat, représentant les deux tendances indiquées plus haut. Une conciliation dut être cherchée, et celle qu'adopta Gratien consista à dire que les textes dans lesquels le concubinat était permis et approuvé visaient non des concubines proprement dites, mais des femmes qui avaient été épousées sans les *tabulæ nuptiales* qu'exigeaient, dans certains cas, les lois de Justinien : leur union présentait un caractère irrégulier, bien que leur mariage

1. Jonas d'Orléans, *op. cit.*, c. IV, p. 177 : « Accipite etiam illud quia hujusmodi intemperantia (*l'adultère du mari*) solvit caritatem conjugii, superbas ancillas facit, iracundas matronas, discordes, contumaces, *concubinas procaces*, inverecundos maritos. » — Sur la *concubina* du roi Lothaire II, Waldrade, voyez l'opuscule d'Hincmar, *De divortio Lotharii et Tetbergæ*.

2. Scherer, *Ueber das Eherecht bei Benedikt Levita*, p. 6.

3. Voyez ces textes dans Freisen, *op. cit.*, pp. 62, 63; l'auteur paraît avoir commis la confusion que je signale.

fût valable et véritable *jure canonico* [1]. C'était méconnaître l'histoire, mais être fidèle aux principes. Une autre difficulté plus sérieuse apparut aux canonistes.

C'était, je l'ai dit, l'oubli du droit romain, qui avait définitivement fait cesser toute controverse sur le concubinat; car, par là, celui-ci avait perdu son caractère ancien d'institution légale. La renaissance des études de droit romain, qui se produisait à l'époque même où se fixait le droit canonique, n'allait-elle pas lui rendre son ancien caractère? Les légistes virent bien ce qu'était le concubinat d'après les lois romaines [2]; mais la grande autorité du droit romain ne prévalut pas à leurs yeux sur l'autorité de l'Église [3]. Certains docteurs voulurent cependant, dans la suite, réhabiliter le concubinat du droit romain, en réservant la faveur de la légitimation aux enfants naturels nés *ex concubinatu*; telle était en particulier l'opinion de Bartole; mais cette thèse ne put se faire recevoir [4]. L'idée, au contraire, se fit jour que le concubinat, impliquant chez les concubins une volonté suivie de se placer en dehors du mariage, était plus délictueux que la simple fornication, fait transitoire et isolé [5]. Ainsi, ce fut longtemps une question de savoir si un clerc devait être déposé ou privé de son bénéfice à raison d'une *simplex fornicatio*, alors que cela ne faisait aucun doute

1. D. XXXIV (*secunda pars*) : « Concubina hic ea intelligitur quæ, cessantibus legalibus instrumentis, unita est, et conjugali affectu asciscitur. Hanc conjugem facit affectus, concubinam vero lex nominat. De hac dicitur in concilio Toletano. »

2. Glose sur l. 3, D., *De conc.*, XXV, 7, v^is *In concubinatu* : « Et si protestor, ut dictum est, non dicor committere stuprum vel adulterium, propter licitum concubinatum etiam per leges. »

3. Glose sur l. 24, D., *De ritu nupt.*, XXIII, 2, v° *Intelligenda* : « Duo etiam tantum coitus sunt liciti secundum leges, scilicet cum concubina et uxore, alii omnes sunt illiciti; secundum decreta, unus tantum scilicet cum uxore; cum alia vero, fornicatio. » — Glose sur l. 3, D., *De concub.*, XXV, 7, v° *Legis* : « Fori non poli, nam secundum canonicas et divinas scripturas est fornicatio. »

4. Ci-dessus, tome II, p. 40.

5. Panormit., sur c. VI, X, *Qui filii*, IV, 17, n° 14 : « Ex contraria opinione sequeretur quod magis faveretur peccato diuturno et continuo quam momentaneo... cum jus canonicum magis reprobet concubinatum quam fornicationem simplicem. »

lorsqu'il vivait publiquement en état de concubinage [1]. Cependant, par une inconséquence assez remarquable, les canonistes faisaient une faveur aux enfants nés du concubinat. Comme ils suivaient pour la succession *ab intestat* le droit de Justinien, tandis qu'il admettaient tous les enfants simplement naturels à la succession de leur mère [2], ils distinguaient au contraire entre eux en ce qui concerne la succession du père. Ils excluaient complètement de cette succession les *vulgo quæsiti*; ils y admettaient au contraire les enfants nés d'une *concubina retenta in domo*, suivant les règles posées par le droit de Justinien [3]. Sur ce point, le droit romain l'avait emporté. On expliquait cela par cette idée, qu'en matière de succession le droit canonique suivait le droit romain, sauf lorsqu'il contenait une disposition expresse en sens contraire [4].

1. Glose sur c. VI, D. LXXXI, v° *Removeantur* : « Ergo presbyter propter simplicem fornicationem deponitur Jo(hannes). Communiter autem dicitur quod pro simplici fornicatione quis deponi non debet, cum pauci sine illo vitio inveniantur. » — Panormit., sur c. VII, X, *De test.*, n° 1 : « Secundus casus notabilis (ut clericus privetur beneficio) est cum publice detinet concubinam. Quid autem si occulte detinet, vel committit simplicem fornicationem, vide glossam... qua dicitur communiter tenere clericum non deponendum pro simplici fornicatione; sed in contrarium vide textum apertum in c. A multis *De ætate et qual. ordinatorum.* »

2. Panormit., sur c. VI, X, *Qui filii*, n° 13 : « Respectu matris dic breviter quod aut est filius natus ex concubina, et succedit matri pariter cum legitimis... aut est filius natus non ex concubina, sed vulgo quæsitus et succedit matri una cum aliis legitimis, nisi mater sit illustris... Aut est natus ex damnato coitu et tunc in nihilo succedit etiam matri. »

3. Panormit., sur c. V, X, *De eo qui duxit*, IV, 7, n°s 11, 12 : « Filii vero naturales tantum, quia non sunt nati ex coitu ita damnato succedunt matri etiam cum legitimis filiis, nisi mater sit illustris, patri vero vel conjunctis per lineam paternam non succedunt, quia non sunt agnati... Nati vero ex concubina in domo retenta, cum qua poterat esse matrimonium, succedunt patri ab intestato in duabus unciis hæreditatis, non extantibus filiis legitimis nec conjuge. »

4. Panormit., sur c. VI, X, *Qui filii*, IV, 17, n° 12 : « Sed imperator sicut per rescriptum potest filios naturales habilitare ad hæreditatem ita per generalem legem, quasi velit dicere, præsupposito quod coitus concubinarius sit hodie reprobatus, lex tamen voluit et potuit vocare filios ab intestato ad duas uncias, et hæc opinio (Hostiensis) plus placet mihi, quia in hæreditatibus standum est juri civili, ex quo jus canonicum non disponit expresse in contrarium. »

Le concubinage ne figurant plus dans le système du droit canonique qu'une variété de la fornication, il semblerait que, dès lors, il eût dû cesser d'y occuper une place à part. Il y conserva cependant la valeur d'un type juridique particulier, ayant ses règles propres, et cela à raison d'une de ses applications possibles, je veux dire le concubinat des clercs. Le mariage étant interdit aux clercs des ordres supérieurs, et n'étant même permis qu'avec certaines restrictions aux clercs des ordres inférieurs, il était à craindre que beaucoup de membres du clergé ne versassent dans le concubinat. Aussi le droit canonique organisa-t-il une série de mesures répressives contre les clercs concubinaires [1]. Ces commerces illicites n'entraînaient pas seulement des sanctions pénales, ils subissaient aussi un traitement particulier, quant à leur effets civils. Alors que les enfants nés *ex soluto et soluta* étaient en principe admis à la succession de leur mère, et même à la succession du père lorsqu'ils étaient issus d'un concubinat, les enfants d'un prêtre concubinaire ne pouvaient succéder, *jure canonico*, ni à leur père ni à leur mère [2]; on les assimilait à des enfants adultérins [3]. Ces mesures rigoureuses se montrèrent d'ailleurs peu efficaces; le clergé du moyen âge était loin de montrer toute la réserve qui distingue, dans son ensemble, le clergé contemporain. Aussi, dans le mouvement de réforme du xv[e] siècle, éprouva-t-on le besoin de retoucher et de renforcer ce système de répression. C'est ce que fit le concile de Bâle [4] : en organisant toute une série de mesures contre le concubinat des clercs, il visa en même temps le concubinage des laïques, invitant les autorités ecclésiastiques

1. Voyez aux collections de Décrétales les titres : *De filiis presbyterorum*, *De vita et honestate clericorum*, *De conversatione clericorum et mulierum*.

2. Panormit., sur c. vi, X, *Qui filii*, n° 11 : « Per quod infertur quod filii sacerdotum non possunt succedere patribus nec etiam matribus. »

3. Glose sur c. xiii, X, *Qui filii*, IV, 17, v° *Adulterinis* : « Ut puta filiis presbyterorum, quia cum fornicantur adulterantur, cum sint quasi mariti ecclesiarum. »

4. Pragmatique sanction de Charles VII, tit. XIX, *De concubinariis*.

à employer contre lui tous les moyens dont elles disposaient[1].

1. « Monet (*Synodus*) omnes laicos tam solutos quam uxoratos ut similiter a concubinatu abstineant. Nimis enim reprehensibilis est qui uxorem habet et ad aliam mulierem accedit. Qui vero solutus est, si continere nolit, juxta apostoli consilium uxorem ducat. Pro hujusmodi autem divini observantia præcepti, hi, ad quos pertinet, tam salutaribus monitis, quam aliis canonicis remediis omni studio laborent. »

TROISIÈME PARTIE

LE DROIT DU MARIAGE DEPUIS LE CONCILE DE TRENTE

CHAPITRE I

Les critiques de la théorie du mariage aux XV^e^ et XVI^e^ siècles.

I. Le sacrement de mariage. — II. Les mariages clandestins. — III. Les empêchements résultant de la *cognatio*. Le célibat des prêtres.

La théorie canonique du mariage, telle que je l'ai décrite, était destinée à subsister dans son ensemble, avec ses principes essentiels, ses exagérations logiques et aussi ses inconséquences partielles. Ce qui contribua sans doute plus que tout le reste à lui assurer cette permanence, c'est ce fait que la jurisprudence séculière, qui se l'appropria dans différents pays [1], la retoucha sur les points les plus importants. Puis, dans le siècle présent, l'institution du mariage civil passa au premier plan. Le droit canonique en matière de mariage perdit ainsi le caractère d'une législation vraiment pratique, et par là s'explique sa quasi-immobilité : il ne subit de véritables réformes que celles opérées par le concile de Trente, très profondes il est vrai, mais restreintes à certains points. Pour bien comprendre ces réformes, qui seront dorénavant mon principal sujet d'études, il faut d'abord connaître les critiques qui les ont provoquées.

Lorsqu'elle eut terminé sa croissance au XIII^e^ siècle, la théorie canonique du mariage acquit pour un temps très long la valeur d'une doctrine incontestée. L'esprit du moyen âge était fort raisonneur, mais point du tout critique. Il s'épuisait à jus-

1. Ci-dessus, tome I, p. 31 et suiv.

tifier par des raisonnements ingénieux les solutions traditionnelles : mais la réforme et l'innovation lui répugnaient instinctivement.

Mais, quand se produisit, à l'occasion du schisme d'Occident, ce grand mouvement des esprits qui se manifesta dans les conciles de la première moitié du xv^e^ siècle, on entra au contraire d'un élan emporté dans la voie des réformes ; il ne s'agissait de rien moins que de réformer l'Église *in capite et in membris*. Cependant, bien que la réglementation du mariage fût visée dans ces aspirations vers la réforme, au moins quant à certaines de ses règles, telles que le célibat des prêtres, à Pise, à Constance et à Bâle, il y fut peu ou point touché. La vaste et capitale question, qui alors primait toutes les autres, était celle de l'organisation ecclésiastique et du gouvernement de l'Église.

Au xvi^e^ siècle, il en fut autrement. La question du mariage fut mise à l'ordre du jour et la théorie canonique énergiquement attaquée. Elle fut ébranlée dans ses principes essentiels et dans ses œuvres vives par les écoles protestantes. Sur ces points, les catholiques tenaient bon ; sur d'autres points, au contraire, où il ne s'agissait que de modifier la *constitutio ecclesiastica*, pour la mettre d'accord avec les besoins pratiques et l'intérêt général, ils se montraient plus désireux de réformes sérieuses que les protestants eux-mêmes. Examinons les principales critiques dirigées de part et d'autre contre la théorie traditionnelle.

I

Le trait essentiel qui distinguait le mariage dans la théorie canonique, et dont découlaient les conséquences les plus importantes, c'est qu'il était considéré comme un sacrement[1]. Or ce caractère, les écoles protestantes le lui refusaient. Leur

1. Voyez ci-dessus, tome I, p. 64 et suiv.

doctrine réduisait les sacrements à trois [1] : le baptême, l'eucharistie et l'ordre. Leurs principaux représentants refusaient, en particulier, de faire figurer le mariage sur la liste [2].

Il ne semble pas cependant que Luther ait d'abord nié cette qualité traditionnelle. Dans son sermon de l'année 1529 (*Sermon vom ehelichen Stand*), il paraît reproduire la thèse commune sur le mariage sacramentel, figurant l'union du Christ et de l'Église. Mais, bientôt, tout en continuant à présenter le mariage comme une chose sainte, en ce sens qu'il a été institué par Dieu et qu'il constitue le plus digne de tous les états, il va jusqu'à affirmer qu'il doit être réglementé par l'autorité civile. Voici quelques passages de ses œuvres qui sont démonstratifs :

« Autant de pays, autant de coutumes, dit le proverbe; par conséquent, puisque le mariage et l'état de mariage sont choses du siècle, il ne nous appartient point, à nous religieux ou serviteurs de l'Église, de rien ordonner ou réglementer à ce sujet; mais il faut laisser chaque ville et chaque pays suivre en cela leurs usages et coutumes, tels qu'ils se comportent [3]. »

« Personne ne peut nier que le mariage soit une chose extérieure et mondaine, comme les vêtements, les aliments, la maison, la cour, et soumise à l'autorité séculière, comme le démontrent les constitutions rendues par les empereurs [4]. »

« Comment devons-nous nous comporter quant aux questions matrimoniales et au divorce? J'ai dit que c'était aux juristes à prescrire, et qu'il fallait se soumettre au pouvoir séculier,

1. Theiner, *Acta genuina ss. œcumenici concilii Tridentini*, Zagrabiæ, 1874 I, p. 459, *Portuensis* : « Et omnes damnentur sub verbis propriis hæreticorum, ut puta sacramenta esse tria : baptismus, cœna Domini et ordo. »

2. Theiner, *Acta genuina*, II, p. 233, Nicolas Maillard : « Armenius autem primus negavit matrimonium esse sacramentum, quem Lutherus sequitur, qui damnandi sunt. » — P. 237, Antonius Cochier : « Et cum Erasmus opponit non esse sacramentum quia non habet (ut ait) promissionem gratiæ, respondit id falsum esse, cum veram gratiæ promissionem habeat. »

3. *Vorrede zum grossen Katechismus mit dem Traubüchlein*, cité par Friedberg, *Das Recht der Eheschliessung in seiner geschichtlichen Entwickelung*, Leipzig, 1865, p. 159.

4. *Von Ehesachen*, 1530. — Voyez le texte dans Friedberg, *op. cit.*, p. 159.

parce que l'état de mariage est une chose extérieure et mondaine, comme le sont la femme, l'enfant, la maison et la cour et autres choses semblables; tout cela est soumis à l'autorité de l'État, comme celle-ci l'est à la raison [1]. »

En même temps, Luther reconnaissait à l'état de mariage une haute valeur au point de vue religieux; il le mettait bien au-dessus de l'état de virginité et de continence : « L'état de mariage, disait-il, est le plus religieux de tous; c'est à tort et par injustice que l'on a appelé certains états les ordres religieux et qu'on a appelé le mariage un état mondain; la vérité, au contraire, c'est que le mariage est le véritable état religieux [2]. »

Bien que le double objectif de Luther soit assez facile a dégager (sécularisation du mariage, abolition des ordres religieux et du célibat des prêtres), ces affirmations ne sont point d'ailleurs en parfaite harmonie entre elles; et les théologiens et canonistes protestants discutent encore sur le point de savoir quelle était la véritable doctrine du maître [3].

La doctrine de Calvin, contenue dans son *Institutio christianæ religionis*, publiée en 1536 [4], présente au contraire une netteté particulière. Il attaque de front, par une discussion singulièrement incisive, la théorie du mariage-sacrement, qu'il prétend inconnue dans l'Église avant l'époque de Grégoire le Grand. Il reconnaît que le mariage a été institué par Dieu; mais il ne faut point en conclure que c'est un sacrement : autrement il faudrait en dire autant de l'agriculture, de l'architecture, de la cordonnerie [5]. Puis il discute les textes d'où les théologiens catholiques déduisent le sacrement, qu'il définit :

1. *Auslegung des funften, sechsten und siebenten Capitels des Evangelium S. Mathæi*, 1532. Le texte dans Friedberg, *op. cit.*, p., 159.

2. *Das siebend Capitel S. Pauli zu den Korinthern ausgelegt*, 1523; le texte dans Friedberg, *op. cit.*, p. 158.

3. Friedberg, *op. cit.*, p. 160, et suiv.

4. Lib. IV, c. XIX nº 34.

5. Edit. Genevæ, 1618, p. 527 : « Ordinatio Dei bona et sancta ; et agricultura, architectura, sutrina, tonstrina ordinationes sunt Dei legitimæ, non tamen sunt sacramenta. »

Cæremonia exterior a Deo posita ad confirmandam promissionem; il cherche à montrer que les textes, en ce qui concerne le mariage, contiennent simplement des comparaisons et des métaphores, et que, dans certains d'entre eux traduits du grec, en particulier dans le passage capital de saint Paul [1], le mot *sacramentum*, par lequel la version latine traduit le grec μυστήριον, est un véritable contresens. Il relève enfin, en la ridiculisant, l'importance que la théorie canonique donnait à la *copula carnalis* dans ses rapports avec le sacrement [2].

Calvin dégageait aussi avec une grande fermeté toutes les conséquences logiques qui découlaient de sa doctrine, spécialement l'incompétence des juridictions ecclésiastiques pour les causes matrimoniales, et la dissolution possible du lien conjugal, autrement que par la mort des conjoints. Il admettait quatre causes de divorce : la *disparitas cultus*, l'incompatibilité d'humeur (*non convenientia in conversatione*), la longue absence et l'adultère.

Pour les catholiques, cette question du sacrement de mariage n'était pas sans difficultés. Quelques-uns, bien rares il est vrai, contestaient aussi ce caractère dans le mariage : tel était Désir Erasme [3]. Mais une semblable thèse était bien difficile

1. *Ad Eph.*, v, 32. — *Inst. christ.*, p. 527 : « Mysterium dixerat Paulus; quam dictionem, quum relinquere posset interpres, latinis auribus non infrequentem, vel arcanum vertere, sacramentum ponere maluit, non tamen alio sensu quam græce a Paulo mysterium dictum erat... Sed cur in uno hoc loco sacramenti vocabulam tantopere urgent, aliquoties neglectam prætereunt? Nam et in epistola ad Timotheum priore a vulgari interprete posita est, ac in eadem ipsa ad Ephesios epistola, ubique pro mysterio. »

2. *Inst. christ.*, l. IV, c. XIX, n° 34, p. 527 : « Nam et coitum ipsum partem esse sacramenti tradunt, eoque demum figurari unionem, quæ nobis est cum Christo, in naturæ conformitate; quia vir et mulier nonnisi carnali copula una caro fiant. Quanquam duo sacramenta quidam eorum hic repetunt, alterum Dei et animæ in sponso et in sponsa, alterum Christi et Ecclesiæ in marito et uxore... Est et altera in eorum dogmatibus absurditas. In sacramento conferri gratiam Spiritus Sancti affirmant; coitum tradunt esse sacramentum; in coitu negant unquam Spiritum Sanctum adesse. »

3. *Novum Testamentum recognitum a Desiderio Erasmo cum annotationibus ejusdem, Basileæ*, 1522, *ad Rom.*, c. VII. — Cf. Friedberg, *op. cit.*, p. 156; ci-dessus, tome II, p. 123, note 2.

à soutenir devant la décision formelle du concile de Florence (a. 1438 et suiv.), qui avait mis le mariage sur la liste des sacrements. C'était, au contraire, un point débattu sérieusement que de savoir si le sacrement de mariage conférait la grâce, ou s'il n'était un sacrement que parce qu'il figurait une chose sacrée. Saint Thomas d'Aquin présente sur ce point trois opinions, et, s'il se décide pour celle qui deviendra une vérité dogmatique et d'après laquelle le mariage confère la grâce, il ne le fait pas sans hésitation et sans scrupule [1]. La thèse opposée avait été celle de Pierre Lombard [2]; elle était professée par de nombreux canonistes, au nombre desquels était Hostiensis [3]; elle est encore rappelée plusieurs fois par Panormitanus [4]. De même, une certaine incertitude régnait sur la désignation de la matière, de la forme [5] et du ministre dans ce sacrement.

Enfin, nous le savons, certaines règles définitivement admises par le droit canonique étaient difficiles à concilier avec les conséquences logiques du sacrement. L'une était la dissolution du mariage non consommé par l'entrée en religion

1. *Summa, supplem.*, qu. 42, art. 3 : « Quidam dixerunt quod matrimonium nullo modo est causa gratiæ, sed est tantum signum. Sed hoc non potest stare : quia secundum hoc in nullo abundaret a sacramentis veteris legis... Alii dixerunt quod confertur ibi gratia in ordine ad recessum a malo, quia excusatur actus a peccato, qui sine matrimonio peccatum esset. Sed hoc esset nimis parum, quia hoc etiam in veteri lege habuit... Unde alii dicunt quod matrimonium, in quantum in fide Christi contrahitur, habet ut conferat gratiam adjuvantem ad illa operanda quæ in matrimonio requiruntur. Et hoc probabilius est. »

2. *Sent., lib. IV*, D. XXVI, *A* : « Cum alia sacramenta post peccatum et propter peccatum exordium sumpserint, matrimonii sacramentum etiam ante peccatum legitur institutum a Domino, non tamen ad remedium sed ad officium. » Cf. D. XXVI, *B*, *C*, *D*.

3. *Summa*, p. 348 : « Dicitur sacramentum, non quia ipsum sacramentum sit conjugium, sed quia est ejusdem rei sacræ signum, scilicet spiritualis et inseparabilis conjunctionis Christi et Ecclesiæ. » — P. 60, v° *De sacr. unct.* : « Nam in quolibet sacramento gratia confertur præterquam in matrimonio. »

4. Sur c. unic., § *Scire*, X, *De extrema unct.*, I, 15.

5. Panormit. sur c. XXVI, *De spons.*, IV, 1. — Theiner, *Acta genuina*, II, p. 348, *Clodiensis* : « Declarando et statuendo quae sit proposita materia hujus sacramenti, cum nondum sit determinata. » Cf. *ibid.*, II, p. 355, *Montisfalisci.*

d'un des époux [1]; l'autre était le droit reconnu à l'époux infidèle qui se convertissait de répudier son conjoint resté *in infidelitate* [2].

II

Le droit canonique avait admis que le mariage se formait *solo consensu*, et, très logiquement, il en avait déduit la pleine validité des mariages clandestins.

Les mariages clandestins sont extrêmement dangereux par eux-mêmes; ils le seraient dans toutes les législations. Mais ils présentaient un danger spécial dans le système canonique, à raison d'une autre de ses règles. Celui-ci admettait en effet que les enfants pubères, quel que fût leur âge, pouvaient valablement contracter mariage sans le consentement d'aucun de leurs parents, même de leur père. Le mariage clandestin rendait en fait l'application de ce principe aussi facile que dangereuse : les canonistes eux-mêmes mettaient en lumière le rapport qui existait entre ces deux règles [3].

D'autre part, le droit canonique limitait les effets du mariage clandestin par sa théorie des preuves. Si un tel mariage ne pouvait être prouvé que par l'aveu des deux conjoints, et que l'un d'eux eût postérieurement contracté une nouvelle union, publiquement, devant témoins, c'était cette dernière que faisait prévaloir la juridiction ecclésiastique; cela se résumait dans la maxime : *Clandestinum manifesto non præjudicat.* Néanmoins, tout en donnant cette décision dans le *forum externum*, l'Église, dans ce cas, considérait comme valable en soi le premier mariage clandestin. Elle déclarait celui qui, après l'avoir contracté, s'était remarié publiquement, obligé en conscience

1. Ci-dessus, tome I, p. 130.

2. Panormit., sur c. VII, X, *De divort.*, IV, 19.

3. Panormit. sur rubr., X, *De cland. desp.*, IV, 3 : « Post rubricas præcedentes subjicit illam rubricam de clandestina desponsatione; nam quandoque puellæ subducuntur et inducuntur ad contrahendum clam a parentibus, et quia de tali matrimonio posset dubitari. »

envers le premier époux. Il en résultait qu'au tribunal de la pénitence le prêtre devait lui défendre de rendre le devoir conjugal à son second conjoint, tandis que le juge ecclésiastique lui ordonnait de le rendre sous peine d'excommunication[1].

On conçoit quel trouble de semblables principes devaient apporter dans la société, si l'on songe que les bigamies sont encore assez fréquentes de nos jours, où le mariage est soumis à une publicité sérieuse et où la facilité des informations est si grande. L'existence simultanée d'un mariage clandestin et d'un mariage public, tous deux reconnus valables par l'Église, quant à la même personne, l'un pour le *forum internum*, l'autre pour le *forum externum*, semble avoir particulièrement révolté la conscience populaire. C'est un des points que Luther met en pleine lumière. « Il est souvent arrivé, dit-il, qu'un couple de gens mariés venait devant moi; mais l'un d'eux ou tous les deux s'étaient mariés antérieurement, et là était la détresse et la fatalité. Nous, confesseurs et théologiens, nous devions conseiller ces pauvres consciences troublées, mais que faire? Il y avait le droit officiel et l'usage qui décide que le premier mariage est pour Dieu un mariage valable et que l'autre est un adultère public. Alors vous rompez le second mariage et vous ordonnez de s'en tenir au premier mariage clandestin, bien que ces deux personnes eussent eu dix enfants de leur mariage public, et qu'ils eussent amassé héritages et biens... Mais, si le premier mariage était si clandestin qu'il ne pût être prouvé par aucun témoin, et que le second mariage fût publiquement établi pour l'Église, on obligeait les époux à l'un et à l'autre. En premier lieu, ils devaient dans leur conscience regarder le mariage clandestin comme le seul vrai mariage devant Dieu. Puis, d'autre part, on forçait

1. Hostiensis, *Summa*, *De cland. matrim.*, p. 355 : « Prohibentur etiam propter periculum animarum, quia mutata volontate alterius sponsorum non potest fieri fides judici, unde convolant ad secunda vota et parant sibi laqueum. Nam in judicio anime consuletur eis ut non reddant debitum contra conscientiam ; in foro autem judiciali excommunicabuntur nisi reddant ; tolerent ergo excommunicationem ut inf. X, *De sent. excom.* Inquisitioni. »

la femme, par exemple, sous peine d'excommunication, à traiter l'autre homme comme son mari, à partager sa table et son lit, parce que ce mariage était publiquement prouvé; mais l'autre, le clandestin, personne ne doit douter qu'il ne soit le vrai mariage devant Dieu. Que peut faire alors une pauvre conscience?[1] »

Voici encore un passage de ses *Propos de table* : « Ils venaient à moi ou à un autre confesseur, au confessionnal, et disaient : Cher seigneur, j'ai une femme que j'ai épousée clandestinement; que faire à son égard? Aidez-moi, cher seigneur; levez mes doutes. Cette Greta, que j'ai épousée la première, est bien ma vraie femme. Mais cette Barbara, avec qui je me suis marié ensuite, n'est-elle pas ma femme et ne dois-je pas coucher avec elle? Je ne puis prendre celle-là, quoique je le voudrais bien; mais je ne le puis car j'ai une autre femme et elle a un autre mari, et personne ne sait qu'elle est ma femme si ce n'est Dieu dans le ciel. Oh! je suis damné; je ne sais que faire[2] ».

Désir Erasme exposait ces difficultés et ces contradictions presque dans les mêmes termes[3].

Les catholiques, de leur côté, reconnaissaient et signalaient avec netteté les dangers des mariages clandestins. Ils sont relevés tout au long et classés par catégories dans un discours du cardinal de Lorraine au concile de Trente[4]; et la pétition adressée au concile, au nom du roi de France, montre que, dans notre pays surtout, on ne pouvait supporter plus longtemps ce régime perturbateur[5].

1. *Von Ehesachen* (édit. Erlangen, t. XXIII, p. 98), cité par Sohm, *das Recht der Eheschliessung*, p. 189.

2. Voyez le texte dans Sohm, *op. cit.*, p. 189; Friedberg, *op. cit.*, p. 102.

3. Friedberg, *op. cit.*, p. 102.

4. Theiner, *Acta genuina*, II, p. 314.

5. Theiner, *Acta genuina*, II, p. 316 : « Hoc etiam petit christianissimus rex ut antiquissima nuptiarum solemnia hoc tempore restituantur, palamque et publice in ecclesia matrimonia celebrentur. Quod si aliquando propter magnam causam aliter fieri posse videtur, non prius tamen legitima esse censeantur, quam si huic sacro mysterio præfuerit parochus vel presbyter tresque aut plures testes præsentes. Filiorum autem et filiarumfamilias matrimonia sine

Une autre règle non moins anormale, résidu d'un développement historique décrit plus haut, était celle qui transformait fatalement les fiançailles en mariage dès que la *copula carnalis* intervenait entre les fiancés. On la visait, en même temps que l'on critiquait les mariages clandestins.

III

Certains empêchements de mariage étaient aussi l'objet de vives critiques : c'étaient d'abord ceux fondés sur la parenté et l'alliance, dont l'exagération était manifeste. Le quatrième concile de Latran les avait modérés dans une certaine mesure ; mais il restait encore beaucoup à faire dans ce sens. Le principe de l'alliance naissant *ex copula illicita* n'avait pas été touché. Le concile de Latran avait respecté, dans toute son étendue, la prohibition de mariage fondée sur la *cognatio spiritualis*.

Mais celui de tous les empêchements qui avait excité les discussions les plus vives, c'était l'*impedimentum ordinis*. Le célibat des prêtres aux XIV^e^ et XV^e^ siècles préoccupa vivement l'opinion publique. Cela venait d'un fait incontestable, attesté par la littérature de cette époque. La règle du célibat était mal observée par le clergé ; si le mariage avait été éliminé, le concubinage était largement répandu, toléré le plus souvent et s'affirmant au grand jour. Cet état de fait devait provoquer des doutes dans les esprits sur la loi même du célibat. Ce n'est pas seulement l'esprit hardi de Jean de Meung qui, dans le *Roman de la Rose*, revendique, soit pour les femmes[1], soit pour les hommes[2], les lois de la nature contre les lois de

parentum consensu nullo modo justa et legitima sint, nisi placeat synodo, quorumdam patrum morositati et nimiæ in collocandis liberis negligentiæ occurrendo, tempus aliquod præscribere, quo transacto, liberum sit filiis et filiabus sine patris consensu matrimonia contrahere. »

1. *Roman de la Rose*, vers 11717 à 11743.
2. *Ibidem*, vers 14744 à 14944.

l'Église. Des légistes et des canonistes discutaient aussi ce grave problème. Dès le commencement du XIVe siècle, il est abordé par un des conseillers de Philippe le Bel, Pierre du Bois, dans un curieux mémoire plein d'idées neuves et audacieuses[1].

Pierre du Bois considère le célibat obligatoire comme un joug trop lourd pour le clergé. Il reproche aux Pères qui l'ont établi, et qui sans doute étaient glacés par l'âge, d'avoir seulement vécu avec les textes et nourri des conceptions abstraites et d'avoir négligé les leçons de l'expérience. On est arrivé à ce résultat que tous ceux qui entrent dans le clergé font le vœu de chasteté, mais presque aucun ne l'observe. Les clercs sont en très grand nombre fornicateurs, incestueux ou adultères, et en même temps ils se rendent coupables d'hypocrisie, le vice que le Christ a le plus énergiquement détesté. Comme preuve de ses affirmations, du Bois en appelle au témoignage des frères prêcheurs et mineurs, qui « aujourd'hui, dit-il, connaissent mieux que tous autres l'état du monde ». Dans ces conditions, la loi du célibat perd beaucoup d'âmes et l'on ne peut affirmer qu'elle en sauve aucune. Il faut donc suivre le conseil que donne la loi humaine, et laisser l'incertain pour s'en tenir au certain, c'est-à-dire aux données de l'expérience. C'est sur ce terrain solide des faits que se place exclusivement Pierre du Bois. Il ne produit qu'un argument de principe, celui qu'invoquaient déjà les clercs du XIe siècle[2] : l'apôtre, en invitant chaque homme à prendre femme pour éviter la

1. *Summaria, brevis et compendiosa doctrina felicis expeditionis et abbreviationis guerrarum et litium regni Franciæ* (Bibliothèque Nationale, manuscrits latins 6222 *c*). Ce traité ne porte pas de nom d'auteur ; mais il a été attribué à Pierre du Bois par M. de Wailly, qui en a donné en même temps une analyse très ample en français : *Mémoires de l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres*, tome XVIII, 2e partie, p. 435 et suiv. L'attribution faite par M. de Wailly repose sur une démonstration péremptoire ; elle est pleinement acceptée par les auteurs de l'*Histoire littéraire de la France*, tome XXVI, p. 489 et suiv. Le mémoire de Pierre du Bois étant inédit et ayant été seulement analysé par M. de Wailly, j'ai reproduit à l'appendice *B* la partie qui concerne le célibat des prêtres.

2. Ci-dessus, tome I, p. 293.

fornication, n'a excepté personne, pas plus les prêtres que les autres [1].

Au XV^e^ siècle, des canonistes aussi savants que modérés ouvrent le débat, et parfois ils inclinent vers le mariage des prêtres. On trouve dans les œuvres de Gerson un curieux dialogue en quatre actes, où la Nature, c'est-à-dire la raison, et la Théologie (*Sophia*) discutent contradictoirement la question [2]. La Nature, qui tient pour le mariage, fait valoir de nombreux et vigoureux arguments, affirmant (ce qui ne lui est pas contesté) que le vœu de chasteté n'est point indissolublement attaché au sacerdoce par l'institution divine [3]. La Théologie, soutenant le célibat, l'emporte cependant [4]. Elle le justifie par des raisons de convenance et d'utilité, repoussant l'exemple des Grecs qu'elle considère comme avilis [5]. Elle produit même des raisonnements qui rappellent par avance la théorie de Malthus, affirmant que le célibat des prêtres est un frein utile à l'accroissement trop considérable de la population [6]. Elle recon-

1. Tout ce passage n'est qu'un résumé de l'exposition de Dubois, que l'on trouvera *in extenso* à l'appendice *B*.

2. *Dialogus Sophiæ et Naturæ super cælibatu sive castitate ecclesiasticorum... compositus Lugduni* anno D. 1423 (*Gersonis opera*, édit. 1489, *secunda pars*, f° 38).

3. *Natura* : « Cur non adjicis tollendum esse votum a sacerdotio, cum non sit ei divina et essentiali et inseparabili societate connexum? »

4. *Sophia* : « Ministri gratiæ revelatæ fiunt per electionem, non hæreditariam, ut olim, successionem. Debent insuper liberiores quam olim a sæculari servitute vivere. Debent rursus in re familiari minus esse solliciti deditique minus avariciæ seu rapinæ thesaurizare volenti pro filiis et filiabus instar Judæ... Attende, quæso, quemadmodum hæc tria, scilicet electio, libertas, vacatio fundant rationabilitatem cælibatus perpetui sacerdotum, juncto quod nullus ad votum sicut nec ad sacerdotium cogitur, nullus ante discretionis annos. »

5. *Sophia* : « Quod si Græcorum christianorum opponitur conjugium, fortassis ideo privati sunt illa qua prædiți fuerant legis peritia et in varios jam supra modum corruerunt errores dissonos Romanæ veræque pietati. Quid quod apud eos vigent adhuc calogeri monachi cælibes sub regula magni patris Basilii, quos fere solos de clero populus habet in precio. »

6. *Sophia* : « Denique tuus Aristoteles politicias instituens notavit moderatam esse debere puerorum multitudinem, quod a nullis accipitur quasi necandi sint superflui, quod practicasse Græcos comicus aliquando insinuat; verum rectius intelligatur ut sit hominum pars generationi non intenta, vacans altioribus. »

naît d'ailleurs les désordres graves qu'entraîne le célibat des prêtres et des religieux, les scandales, les vœux fréquemment violés sans autre effet que d'augmenter le nombre des naissances illégitimes. Elle admet des palliatifs; les souverains rassemblés sous la présidence du pape devront prendre des mesures pour que le clergé astreint au célibat soit ramené à de justes proportions numériques [1]. Dans tous les cas, elle affirme que toute la réforme, la réforme principale, ne réside point dans la suppression du célibat ecclésiastique [2], ce qui montre bien cependant quelle place tenait cette question dans le grand mouvement du XV^e^ siècle.

Panormitanus, ce grand docteur que j'ai si souvent eu l'occasion de citer, était favorable au mariage des prêtres. Il établit que c'est seulement la *constitutio Ecclesiæ* qui a introduit la règle du célibat; elle peut donc l'abroger, et cette abrogation pour lui serait un grand bien. Personne ne serait ainsi contraint à une continence trop souvent mal observée; ceux-là seuls s'y astreindraient qui le feraient spontanément et par une grande piété [3].

1. *Sophia* : « Denique principes populorum cum congregati erunt cum principe summo, vicario Dei Abraam, commonendi erunt, orandi, contestandi ferre præsidium rebus lapsis, hominum defectus reficere, deformata reformare, nominatim circa tot propaginis obstacula non afferentia Deo gloriam, non ecclesiasticæ religioni decorem, propter tria quæ tuæ mixisti querimoniæ : quorum unum est nimia voventium maxime adolescentium multitudo, altera celeberrima votorum sine fructu legitimæ prolis effractio, tertium contaminatio sacrorum tuæque constitutionis abominanda subversio. »

2. *Sophia* : « O quasi stetit in non vovendo tota reformacio... At vero hic non versatur reformacio principalis sed per alia media, qualia nunc et hic aperire non est consilium... Quis scit sin plures nunc ecclesiastici custodiant in cælibatu castitatem illibatam quam, si juncti conjugio, maritalem conservassent?... Quid quod non humana præsumptione regitur Ecclesia sed Spiritus Sancti directione, puta omnia tempus habent... Sic aliquando per conjugatos regebatur Ecclesia, ut in antiqua lege; nunc per cælibes in nova. Concludimus tandem nos interea contentos esse debere remediorum postulatione, qualia qualiterque tetigimus. »

3. Panormit., sur c. VI, X, *De cler. conj*., III, 3, n° 5 : « Numquid hodie Ecclesia possit statuere quod clericus possit contrahere matrimonium, sicut Græci ? Credo quod sic, et in hoc indubitatum est apud me respectu eorum qui non sunt obligati ex voto tacito vel expresso; et sic intelligerem glos. in c. *Quæ ad perpetuam*, c. XXV, qu. 1. Probo ratione. Continentia non est in

Enfin Æneas Silvius, avant de devenir le pape Pie II, avait professé la même doctrine [1].

Aux conciles de Constance [2] et de Bâle [3], on chercha seulement à réprimer le concubinat des prêtres. Mais à Constance, dans une pièce officielle, le cardinal Zabarella constatait que, si l'on n'arrivait pas à réprimer ces désordres, il vaudrait mieux permettre le mariage au clergé [4].

Les écoles protestantes dirigèrent sur ce point une de leurs principales attaques. C'était en partie pour ouvrir aux prêtres l'accès du mariage que Luther en faisait l'état religieux par excellence [5], et Calvin a combattu la loi du célibat sacerdotal avec son énergie et son âpreté ordinaires [6].

clericis secularibus de substantia ordinis, ut dicit Innoc. in c. Placet *De convers. conjug.*, nec de jure divino, quia alias Græci peccarent, nec excusaret eos consuetudo, quia illa non valet contra legem divinam, et iste de quo hic quæritur esset illegitimus, quia foret contra legem divinam genitus. Et non solum credo potestatem inesse Ecclesiæ hoc condendi, sed etiam quod pro bono et salute animarum, quia esset salubre statutum ut volentes continere et magis mereri relinquerentur eorum voluntati, non volentes autem continere possint contrahere, quia, experientia docente, contrarius prorsus effectus sequitur ex illa lege continentiæ cum hodie non vivant spiritualiter nec sint mundi, sed maculantur illicito coitu, cum eorum gravissimo peccato, ubi cum propria uxore esset castitas, unde deberet Ecclesia facere, sicut bonus medicus, ut si medicina, experientia docente, potius officiat quam prosit, eam tollat. »

1. Theiner, *Acta genuina*, II, p. 318. *Pientinus* « dixit contra eos qui asserunt Pium II asseruisse concedenda sacerdotibus matrimonia; sed id dixit Æneas Silvius. »

2. *Reformatorii in concilio Constantiensi de Ecclesiæ reformatione statuta generalia* (dans Van der Hardt, *Magnum concilium Constantiense*, t. I, p. 636), C. XXXIII, *Contra concubinarios...* : « Quia quam plures ordinarii et alii, ad quos pertinet, non adhibuerunt nec adhibent diligentiam quam deberent in eisdem provisionibus, crimen præfatum in multis locis cum maximo catholicorum scandalo et in totius clericalis contemtum ordinis frequentatur. »

3. Pragm. sanction de Charles VII, tit. XIX, *De concubinariis*.

4. *Francisci de Zabarellis, cardinalis Florentini, capita agendorum in concilio generali Constantiensi de reformatione Ecclesiæ* (Van der Hardt, *op. cit.*, p. 525) : « Item circa concubinarios provideatur cum effectu. Alias sic negligendo præstaret permittere conjugium clericis. »

5. Ci-dessus, tome II, p. 124.

6. *Institutio christ.*, l. IV, c. XII, n^os^ 23-26, p. 444 et suiv.; c. XIX, n° 36, p. 528.

Toutes les critiques élevées contre la théorie du mariage canonique, du côté des protestants, ont été résumées dans un passage de l'*Institutio christianæ religionis* de Calvin[1] : on y trouve encore visée, outre les points que j'ai déjà signalés, l'interdiction des mariages pendant le *tempus feriarum*.

1. Lib. IV, c. XIX, nº 37, p. 528 : « Dum e matrimonio sacramentum fecerunt, ubi id semel obtinuere, conjugalium causarum cognitionem ad se traxerunt, quippe res spiritualis erat profanis judicibus non attractanda. Tum leges sanxerunt, quibus tyrannidem suam firmarunt, sed partim in Deum manifeste impias, partim in homines iniquissimas. Quales sunt : ut conjugia inter adolescentes, parentum injussu contracta, firma rataque maneant. Ne inter cognatos ad septimum usque gradum legitima sint matrimonia, et quæ contracta sunt dissolvantur. Gradus vero ipsos contra gentium omnium jura et Mosis quoque politiam confingunt. Ne viro, qui adulteram repudiaverit, alteram inducere liceat. Ne spirituales cognati matrimonio copulentur. Ne a Septuagesima ad octavas Paschæ, tribus hebdomadibus ante natalem Johannis, ab Adventu ad Epiphaniam nuptiæ celebrentur, et similes innumeræ quas recensere longum fuerit. »

CHAPITRE II

Le concile de Trente : ses travaux en ce qui concerne le mariage.

I. La tenue du concile. — II. Le fonctionnement du concile. — III. La question du mariage devant le concile. — IV. Les canons et les décrets. La congrégation des cardinaux interprètes du concile de Trente.

Le concile de Trente fut la réponse officielle de l'Église à la Réforme. Il se proposa un double but : rétablir dans leur vérité les dogmes de la foi catholique contestés par les protestants, en les mettant par là au-dessus de toute discussion ; — en même temps, opérer cette réforme de la discipline ecclésiastique qu'avaient vainement tentée les conciles du xv^e^ siècle, et dont la réalisation était l'objectif même et la plus grande force du protestantisme. Mais c'était là une œuvre ardue ; le long espace de temps sur lequel s'étend l'activité du concile, et la fréquente interruption de ses sessions en sont la preuve manifeste.

I

Convoqué d'abord à Mantoue en 1536, puis reporté à Vicence sans plus d'effet, il fut enfin convoqué dans la ville de Trente par une bulle du pape Paul III du 22 mai 1542. Il s'ouvrit là le 1^er^ novembre 1542, et, après de longs travaux préparatoires, du 13 novembre 1545 au 3 mars 1547, il tint sept sessions générales où furent prises un certain nombre de dé-

cisions. Le 11 mars 1547, à raison de maladies contagieuses qui régnaient dans la ville de Trente, il fut transféré à Bologne où il tint encore trois sessions (8-10), mais presque uniquement consacrées à voter des prorogations successives ; et, le 14 septembre 1547, il se prorogea *ad beneplacitum concilii*, sans terme fixe.

Paul III mourut le 10 novembre 1549. Son successeur, Jules III, rendit, le 14 novembre 1550, une *bulla resumptionis*, convoquant de nouveau le concile dans la ville de Trente, et là, du 1er mai 1551 au 28 avril 1552, se tinrent six sessions (11-16). C'est la seconde période du concile.

Jules III étant mort le 23 mars 1555, son successeur immédiat, Marcel II, ne régna qu'un mois, et Paul IV, qui fut élu après la mort de ce dernier, paraît avoir eu peu de goût pour le concile, bien que, selon fra Paolo Sarpi, il en ait menacé le roi de France Henri II, à l'occasion de deux édits rendus par celui-ci, l'un sur le mariage des fils de famille, l'autre sur la résidence des bénéficiers[1]. Toujours est-il qu'il ne le réunit point à nouveau.

Pie IV, qui succéda à Paul III le 25 décembre 1559, lança une nouvelle convocation, désignant encore la ville de Trente, pour le jour de Pâques 1561. Là commence la troisième et dernière période du concile, pendant laquelle furent tenues sept sessions (17-25), du 18 janvier 1562 au 4 décembre 1563. A cette dernière date le concile fut déclaré clos.

Pendant ce long et traînant développement, des incidents sans nombre s'étaient produits, tenant les uns aux négociations engagées avec les protestants, d'autres aux conflits et

1. *Istoria del concilio Tridentino, di fra Paolo Sarpi*, lib. V, c. XXXIV : « Il pontefice a queste cose non penso, quando n'ebbe nuova, essendo la guerra in atto e avendo bisogna del re : ma cessato questo, si doleva che fosse posta mano sino ne' sacramenti, e gravato il clero insopportabilmente. Percio diceva esser necessario col concilio provveder a tanti disordini, che erano molto maggiori abusi che quanti se sapevano oppor all'ordine ecclesiastico, e che bisognava di qua incominciare la riforma ; che i prelati francesi non ardivano parlare stando in Francia ma quando fossero al concilio in Italia, liberi dal timore del re, si sarebbono ben uditi i lamenti e le querele. »

aux négociations avec les principaux princes séculiers de la catholicité, d'autres enfin aux divergences et aux différends entre les Pères du concile eux-mêmes.

Il existe toute une littérature sur l'histoire du concile de Trente ; l'analyser n'entre point dans mon plan ; mais il est nécessaire de signaler trois œuvres fondamentales que maintes fois j'aurai à utiliser.

La première est le livre de Fra Paolo Sarpi, religieux et docteur en théologie, qui parut à Londres en 1619 sous ce titre : *Istoria del concilio Tridentino di Pietro Soave Polano*[1]. C'est un travail considérable et pénétrant, mais dont les catholiques ont toujours contesté la véracité. Plusieurs traductions françaises en ont été données aux XVII^e^ et XVIII^e^ siècles ; la plus répandue et la meilleure est celle de Le Courayer, Bâle, 1737.

En second lieu, il faut indiquer l'histoire publiée en 1656-1657 par Sforza Pallavicino, dédiée au pape Alexandre VII qui, en 1657, fit l'auteur cardinal[2]. C'est moins un travail composé d'après un plan personnel et original qu'une réfutation du livre de Paolo Sarpi, comme l'indique le titre lui-même.

A côté de ces histoires, et de bien d'autres, il a été publié toute une série de documents sur les travaux du concile, dont l'importance est pour nous beaucoup plus grande. Les procès verbaux, les *acta* officiels du concile n'ont jamais été publiés par la cour de Rome, quoique cette publication soit annoncée dans l'épître de l'éditeur Paul Manuce qui précède l'*editio princeps* des décisions du concile[3]. Mais on a imprimé des journaux plus ou moins complets tenus par diverses personnes, deux en particulier où je puiserai largement. Le premier et le principal, qui contient la suite entière des travaux, est le *Diarium* de Ang. Massarellus qui fut secrétaire-notaire du con-

1. Je me servirai de l'édition suivante : *Istoria del concilio Tridentino di Fra Paolo Sarpi, dell' ordine dei servi*, con note, Mendrisio, 1835.

2. *Istoria del concilio di Trento scritta dal Padre S. Pallavicino della Compagnia di Jesu, ove insieme refutasi con autorevoli testimonianze un istoria falsa divolgata nello stesso argomento sotto nome di Pietro Soave Polano.*

3. Theiner, *Acta genuina*, tome I, p. III, et IV.

cile. Il a été publié en 1874 par Augustin Theiner[1]. Mais il faut observer, pour l'usage de ce recueil vraiment précieux, que Theiner n'a pas reproduit *in extenso* le Journal de Massarellus. En effet, il ne reproduit pas les discours ou documents déjà imprimés dans d'autres collections, auxquelles il se contente alors de renvoyer. De plus, il ne donne pas les actes du concile pendant sa tenue à Bologne, à raison de leur peu d'importance, aucune décision notable n'y ayant été prise[2]. Le second journal est celui de Gabriel Paleottus, qui, alors auditeur de Rote, fut envoyé par Pie IV au concile de Trente comme *canonista sanctæ sedis ejusdemque officialis*. Il avait des fonctions très importantes; spécialement il était chargé de rédiger les décrets d'après les opinions des Pères; mais il rapporte seulement les actes du concile sous le pontificat de Pie IV. Édité d'abord à Londres en 1842 par J. Mendham, ce journal a été reproduit dans la publication de Theiner; celui-ci fait remarquer qu'il complète heureusement pour les derniers temps le récit de Massarellus, *qui sub finem concilii frequenter ægrotabat, ingenti negotiorum mole oppressus*[3]. C'est d'après ces journaux que tout d'abord je vais indiquer quel fut le fonctionnement du concile, considéré comme assemblée délibérante et législative, et quelle part il fit dans ses travaux à la question du mariage.

1. C'est l'ouvrage déjà cité souvent : *Acta genuina ss. œcumenici concilii Tridentini, Zagrabiæ (in Croatia)*, 1874.

2. Tome I, *præf.* p. XII : « Quod in eodem nullum decretum de dogmatibus aut de reformatione morum vel disciplinæ ecclesiasticæ nec actitatum nec sancitum fuerit. » Il ajoute cependant cette observation : « Licet acta hæcce ingens volumen efficiant maximique sint momenti. Insertum ibi habetur summarium sententiarum theologorum super articulis lutheranorum de sacramentis pœnitentiæ, extremæ unctionis, ordinis et matrimonii... Hi tractatus theologici singulari cum ingenii acumine elaborati præsidibus concilii sub Julio III ad res in discussionem proponendas multo adjumento fuisse videntur. »

3. Pour d'autres publications analogues et antérieures, voyez Theiner, tome I, p. VI et suiv. — Voyez encore : Th. Sickel, *Zur Geschichte des Concils von Trient, Aktenstücke aus Osterreischen Archiven*, Wien, 1872. — Döllinger : *Sammlung von Urkunden zur Geschichte des Concils von Trient*, Nordlingen, 1876.

II

Massarellus a commencé son Journal par un *Ordo celebrandi concilii*.

Le concile a compris comme membres ayant voix délibérative dans les congrégations générales ou sessions, les légats du pape présidents, les cardinaux, patriarches, archevêques, évêques, abbés et généraux d'ordres religieux[1]. Pour user de leur voix délibérative, ces Pères devaient voter en personne ; les *procuratores* des absents furent tout au plus admis avec voix consultative, et encore pas toujours[2].

Le droit d'initiative, pour les décisions du concile, paraît avoir été réservé au pouvoir pontifical et exercé par les représentants de la papauté. Mais les projets de décrets se faisaient de deux façons : *per deputatos* ou *per legatos*[3]. Les *deputati* étaient des Pères élus par le concile lui-même. Lorsqu'on procédait *per legatos*, c'étaient les légats du pape ou présidents du concile qui faisaient rédiger le projet par des hommes de leur choix, qui pouvaient être pris hors des personnes ayant voix délibérative[4].

Les congrégations générales prenaient seules les décisions définitives ; mais ce n'étaient point les seules réunions où l'on

1. Theiner, *Acta*, tome I, p. 6 : « Congregationes generales dicuntur, in quibus conveniunt omnes Patres in concilio vocem habentes, nempe legati, præsidentes, cardinales, patriarchæ, archiepiscopi, episcopi, abbates et generales ordinum. »

2. Theiner, *Acta*, tome I, p. 6.

3. Theiner, *Acta*, tome I, p. 10.

4. Theiner, *Acta*, tome I, p. 10 : « Per aliquos doctos et peritos viros ex iis qui præcipui in synodo habebantur vel ex Patribus vel ex privatis theologis et canonicis idque privatim et familiariter. » Sur le pouvoir des *deputati*, nous trouvons une contestation qui se rapporte à notre sujet même. *Castellanensis* (*Acta*, II, p. 348) : « Petit restitui III canonem primo propositum de clandestinis ; de quo protestatus est rogans ut sua protestatio registretur. Non enim, inquit, poterant deputati illud subtrahere quod fuerat approbatum a Patribus. »

discutât les matières à résoudre. Des assemblées préparatoires se tenaient aussi, soit avant que le projet de décret fût présenté aux Pères, soit après qu'il avait été proposé, mais lorsqu'il n'avait pas été adopté, ayant soulevé des critiques ou *censuræ*. Ces assemblées préparatoires étaient elles-mêmes de diverses sortes. Les unes étaient des congrégations particulières des Pères, où l'on réunissait soit les théologiens [1], soit les canonistes [2] les plus éminents. Les autres étaient des *congregationes theologorum minorum*; on y admettait alors les théologiens qui suivaient le concile sans y avoir voix délibérative, sans faire partie des Pères [3]. Sous Pie IV, le nombre de ces théologiens devint si considérable que, souvent, on ne les réunissait point en une seule congrégation; on les répartissait alors en sections, dont chacune examinait un certain nombre de propositions ou d'articles [4].

Enfin, il y eut aussi, sous Paul III, des congrégations particulières qui n'étaient pas autre chose qu'un certain nombre de grandes commissions, entre lesquelles se répartissaient tous les membres du concile. La discussion y était moins solennelle qu'en assemblée générale et pouvait avoir lieu en langue vulgaire [5].

1. Theiner, *Acta*, I, p. 8 : « Congregationes prælatorum theologorum, id est eorum Patrum qui præcipue sacram theologiam profitentur. »

2. Theiner, *Acta*, I, p. 8 : « Congregationes prælatorum, canonistarum, ac juristarum, id est eorum qui præcipue jus canonicum et civile profitentur. »

3. Theiner, *Acta*, I, p. 9 : « Articuli antequam Patribus proponerentur exhibebantur disputandi ac discutiendi theologis minoribus, id est non prælatis, et ii sunt omnes vel sæculares vel regulares qui sacram theologiam profitentur, cujusvis ordinis, gradus, status, vel dignitatis existant. »

4. Theiner, *Acta*, I, p. 9 : « Usque adeo numerus theologorum uti etiam Patrum auctus est ut aliquando non potuerint omnes super uno quoque articulo audiri : quare distincti sunt ipsi theologi per classes et unicuique classi sui propositi articuli discutiendi. »

5. Theiner, *Acta*, I, p. 8 : « Constitutæ sunt sub Paulo III congregationes particulares in quibus tota synodus divisa in tres classes conveniebat coram quolibet ex præsidentibus, pari numero, eadem die, eadem hora et super eisdem articulis et materiis examinandis et discutiendis familiariter et domestice, per propositiones et replicationes, tam latina quam materna lingua et prout unicuique commodius visum fuisset. »

Dans les congrégations générales qui devaient arrêter les décisions, lorsque les décrets soulevaient des objections, on les retouchait et on les représentait jusqu'à ce qu'on obtînt l'unanimité ou du moins une majorité bien marquée [1].

Disons enfin que les discussions n'étaient pas toujours calmes. Sans doute, dans la forme un peu sèche du *Diarium* de Massarellus, ces éclats n'apparaissent point ; mais lui-même signale la chose dans son *Ordo celebrandi concilii* [2].

III

Le concile de Trente, dans sa première période, n'aborda pas la question du mariage d'une façon directe et principale. Il avait pourtant dans la session septième, tenue le 3 mars 1547, dégagé le principe fondamental d'où presque tout le reste devait découler, en déclarant qu'il y avait exactement sept sacrements et que le mariage en était un [3].

Dans sa seconde période (1549-1552) il aborda le débat dans toute sa portée, mais ne put aboutir. Fra Paolo Sarpi raconte qu'en 1552 on résolut d'examiner cette matière, qu'il y eut à cet effet une congrégation générale et des députés élus pour préparer les canons et décrets ; que les présidents arrêtèrent trente-trois articles pour être discutés par les *theologi* et ordonnèrent aux députés d'arrêter les canons au fur et à mesure des discussions [4]. Il y eut réellement quelques assemblées et

1. Theiner, *Acta*, I, p. 10 : « Quod toties fit quousque vel ab omnibus, si fieri potest (quod omni cura studio ac diligentia præsidentes ac deputati procurant), vel saltem a longe majori parte comprobatur. »

2. Theiner, *Acta*, I, p. 7.

3. *Canones et decreta concilii Tridentini*, éd. Schulte et Richter, Lipsiæ, 1853, p. 40, c. I et VI. — Theiner, *Acta*, I, p. 456 et suiv.

4. Lib. IV, c. XLV : « Ma i presidenti, per eseguir quanto era decretato di esaminar la materia del matrimonio, fatta congregazione generale, ed eletti deputati, diedero fuori trentatre articoli in quella materia, per esser discussi da teologi ; e ordinarono anco che i deputati formassero i canoni, secondo che i particolari si andavano ventilando ; si fecero alquante congregazioni, e furono anco formati sino sei canoni. Ma avendo i protestanti fatto con-

il fut fait un projet de six canons. Mais alors les protestants, qu'on n'avait pas encore désespéré d'amener au concile et avec lesquels on négociait, intervinrent par l'intermédiaire des ambassadeurs des princes allemands. Ils déclarèrent que jusque-là ils avaient espéré obtenir la rétractation des décisions précédemment arrêtées sans leur participation; mais que dorénavant ils ne pouvaient conserver cet espoir, puisqu'on entamait de nouvelles matières d'une si grande importance. Ces observations eurent pour résultat d'arrêter le travail commencé, et cela sur l'intervention de l'empereur. Sur ce point, Pallavicino [1] est d'accord avec Paolo Sarpi, avec une seule divergence. Le second affirme que l'empereur dut user d'un moyen énergique, ordonner aux évêques de son obéissance de cesser toute participation aux travaux préparatoires, et menacer le pape de solennelles protestations; Pallavicino prétend qu'il n'employa que des prières.

Le Journal de Massarellus est muet sur tout cela. Il constate seulement qu'à partir du 9 mars 1552 on cessa les discussions et l'examen des articles, afin de permettre aux protestants d'envoyer leurs théologiens, et cela sur une requête des ducs de Saxe et de Wurtemberg adressée au concile [2]. Par suite de cet arrêt, la question devait dormir longtemps; elle ne fut reprise qu'en 1563.

Elle fut remise sur le tapis par le légat du pape, premier président du concile, le 3 février 1563 [3]. Il proposait que, tout d'abord, on fît disputer les théologiens sur le sacrement de mariage [4]. En conséquence, le 4 février, le président proposa

doglianza con gli ambasciatori imperiali.... Questa risoluzione dell' imperatore significata in Trento, fu causa che si fece una congregazione generale, e proposta questa considerazione, fu deliberato sopraseder da ogni azione conciliare, a beneplacito però della sinodo. »

1. Lib. XIII, c. II.

2. Theiner, *Acta*, I, p. 654 : « Nihil omnino in concilio peractum fuit in gratiam protestantium Germanorum, ut eorum theologi expectarentur, et in ipsis articulis audirentur, sicuti oratores ducum Saxoniæ et Virtembergensis in eorum comparitionibus a s. synodo petierunt. »

3. Theiner, *Acta*, II, p. 230.

4. Voyez un discours du cardinal de Lorraine dans ce sens; Theiner, *Acta*, II, p. 231.

huit articles à la discussion des *theologi minores*. Comme ces derniers étaient fort nombreux, on les divisa en quatre classes, dont chacune eut à discuter deux articles [1]. En effet, du 9 février 1563 au 22 mars, les *theologi minores* tinrent trente-six congrégations particulières, dont le procès-verbal sommaire est rapporté par Massarellus [2].

Le 20 juillet 1563, les présidents soumirent aux Pères du concile onze canons sur le sacrement de mariage et un décret de réforme sur les mariages clandestins et sur ceux contractés par les fils de famille *sine parentum consensu* [3]. Dès lors commencèrent des débats longs et difficiles, où la principale difficulté devait être le décret de réforme. La discussion eut lieu du 24 juillet 1563 au 31 juillet dans quatorze congrégations générales [4] : mais cette fois les projets ne furent point adoptés et donnèrent lieu à de nombreuses *censuræ* [5]. En conséquence l'œuvre fut remise sur le chantier. On retoucha le projet de canons et de décret, et l'on y joignit des *canones super abusibus circa sacramentum matrimonii*. Massarellus donne ces derniers comme étant eux-mêmes une seconde rédaction d'un projet déjà présenté, *reformati iterum examinandi* [6]. Mais il n'en a point parlé auparavant.

Ce nouveau projet fut discuté, *en seconde lecture*, du 11 au 23 août, dans vingt congrégations générales [7] ; mais on ne put pas encore arriver à une entente, et l'on releva de nouvelles *censuræ* [8].

On retoucha une seconde fois le projet, et, le 5 septembre, on soumit aux Pères un nouveau texte des canons sur le sacrement de mariage, ainsi que du décret de réforme et des *ca-*

1. Voyez les articles ainsi que leur distribution entre les quatre classes dans Theiner, *Acta*, II, p. 232-233 ; cf. Paolo Sarpi, lib. VII, c. LIX.
2. Theiner, *Acta*, II, p. 233-260.
3. Theiner, *Acta*, II, p. 313-314.
4. Theiner, *Acta*, II, p. 314-334.
5. Theiner, *Acta*, II, p. 334.
6. Theiner, *Acta*, II, p. 335-336.
7. Theiner, *Acta*, II, p. 338-369.
8. Theiner, *Acta*, II, p. 369.

nones super abusibus tertio reformati[1]. Du 7 au 10 septembre eut lieu la *troisième lecture*, dans sept congrégations générales[2]. Le vote décisif ne fut pas encore acquis.

Enfin, le 13 octobre fut présenté un nouveau projet, *quarto reformatum*, dans lequel on avait fondu en un seul décret le *decretum de clandestinis* et les *canones circa abusus*[3]. Il fut discuté, dans deux congrégations générales, les 26 et 27 octobre[4].

C'est ce qu'on peut appeler la quatrième et dernière lecture, car les articles ne furent plus retouchés. Mais, dans l'intervalle entre cette lecture et la précédente, sur une question capitale, celle de l'annulation des mariages clandestins, une dispute solennelle avait eu lieu en dehors du concile, le 14 septembre. Massarellus n'en parle pas ; mais Paleotti la signale avec soin[5]. Là, dans une séance publique à laquelle assistaient des laïques, un débat eut lieu entre *theologi minores*, six d'un côté et six de l'autre ; on ne put d'ailleurs se convaincre de part ni d'autre, et il fallut dissoudre l'assemblée par suite du tumulte et de la confusion[6].

Le 11 novembre 1563 eut lieu le vote, après quelques nouvelles observations[7] : le texte déjà discuté fut adopté sans modifications, bien que plus de cinquante Pères eussent protesté contre le décret *De clandestinis*[8]. Il fut promulgué comme compris dans la XXIV[e] session du concile ; il contient douze canons *de sacramento matrimonii*, précédés d'une préface, et un long *decretum de reformatione matrimonii*, divisé en dix chapitres.

1. Theiner, *Acta*, II, p. 386-388.
2. Theiner, *Acta*, II, p. 391-397.
3. Theiner, *Acta*, II, p. 424-427.
4. Theiner, *Acta*, II, p. 425-429.
5. Theiner, *Acta*, II, p. 655, et suiv.
6. Theiner, *Acta*, II, p. 666 : « Orta deinde est contensio et confusio, unde congregatio dissoluta est. »
7. Theiner, *Acta*, II, p. 463.
8. Theiner, *Acta*, II, p. 467.

III

Comme on vient de le voir, les décisions du concile sur le mariage, comme d'ailleurs sur les autres matières, se divisent en deux catégories : les *canones* et les *decreta*. Les premiers statuent sur le dogme et se reconnaissent extérieurement à ce qu'ils sont assortis de l'anathème contre les dissidents; les seconds traitent de la réforme et de la discipline et ne contiennent pas l'anathème[1]. La plupart des *Sessiones*, qui ne sont pas autre chose que les séances, parfois continuées pendant plusieurs jours, dans lesquelles des groupes d'articles ont été adoptés, contiennent généralement et des *canones* et des *decreta*; car, à la suite des différents canons, on eut soin de mettre en discussion les réformes de discipline qui se rapportaient à la même matière[2].

Pour les décrets comme pour les canons, l'Église prétendait avoir fait une œuvre définitive, et l'on prit des précautions pour que rien ne vînt l'altérer. Dans la bulle par laquelle il confirma les décisions du concile, le pape Pie IV défendit expressément d'en faire et publier aucun commentaire ou glose sous une forme quelconque, réservant absolument l'interprétation à la papauté[3]. Il est curieux de constater que c'est justement là ce que recommandera Pussort à Louis XIV

1. Doujat, *Prænotiones canonicæ*, Mitaviæ et Lipsiæ, 1776, I, p. 305 : « Dividitur in sessiones XXV, quarum pleræque duabus constant partibus, canonibus qui res fidei et anathemata continent et decreta de morum reformatione. »

2. Voyez l'*Ordo celebrandi s. concilii Tridentini* de Massarellus, dans Theiner, *Acta*, I, p. 11.

3. Schulte et Richter, *Canones et decreta c. Trident.*, p. 482 : « Ad vitandum præterea perversionem et confusionem quæ oriri posset si unicuique liceret, prout ei liberet, in decreta concilii commentarios et interpretationes suas edere, apostolica auctoritate inhibemus omnibus, tam ecclesiasticis personis, cujuscumque conditionis sint ordinis et gradus, quam laicis, quocumque honore et potestate præditis... ne quis sine auctoritate nostra audeat ullos commentarios, glossas, annotationes, scholia, ullumve omnino interpreta-

pour assurer la stabilité et l'immobilité de ses grandes ordonnances [1]. D'ailleurs, par la force des choses, cette prohibition a été inefficace. Si elle a empêché les commentaires exégétiques et en forme, elle n'a point empêché que l'interprétation des décrets du concile ne se fît très à fond, dans des traités spéciaux, des monographies consacrées aux diverses matières réglementées par lui. C'est en particulier ce qui s'est produit pour le mariage.

Mais la pensée qui avait inspiré à Pie IV cette défense a créé en même temps une institution, dont la fortune et l'importance ont toujours été en grandissant. Excluant l'interprétation privée, purement scientifique, la papauté dut nécessairement organiser pour le concile de Trente une interprétation officielle. Cela se fit par la constitution d'un grand corps, la *Sacra Congregatio cardinalium Concilii Tridentini interpretum*, ou *Congregatio Concilii*. Instituée par Pie IV, en 1564, pour surveiller l'exécution des décrets de réforme du concile, elle n'eut d'abord aucun pouvoir de décision propre; mais ses attributions furent étendues par Pie V ; elle reçut enfin de Sixte-Quint le droit ferme d'interpréter les *decreta de reformatione*, sauf, en cas de doute, à demander l'approbation du pape. Elle est devenue un corps ayant des attributions administratives, législatives et judiciaires [2]. Elle a en effet pour mission générale de surveiller dans l'Église entière l'observation et l'exécution des décrets de réforme du concile de Trente, de décider tous les doutes qui peuvent s'élever sur leur sens et leur applica-

tionis genus super ipsius concilii decretis quocumque modo edere, aut quicquam quocumque nomine, etiam sub prætextu majoris decretorum corroborationis aut exsecutionis, aliove quæsito colore statuere. »

1. *Bibliothèque Nationale*, *manuscrits* : Mélanges Clérambault n° 613 (Mémoire de Pussort, p. 453) : « Faire deffense à qui que ce soit de faire aucunes nottes ni commentaires sur les ordonnances, ni aucun recueil d'arrests sous peine de faux, de 100,000 livres d'amande et de la confiscation des exemplaires, les commentaires des ordonnances et les raisonnements tirez des arrests ne tendans qu'à en affoiblir l'authorité sous les prétextes spécieux d'équité et de la force des choses jugées. »

2. Sur ce sujet, voyez Hinschius, *System des katholischen Kirchenrechts*, tome I, p. 457 et suiv. C'est à lui que sont empruntés les détails qui suivent.

tion, et de trancher les affaires contentieuses qui sont portées devant elle, d'après le droit contenu explicitement ou implicitement dans le concile de Trente. Par cette dernière fonction, elle a un pouvoir judiciaire; elle a un pouvoir d'administration en ce qu'elle peut prendre, pour assurer l'exécution des décrets du concile, des dispositions réglementaires, obligatoires pour les autres autorités ecclésiastiques, par exemple en ce qui concerne la procédure des causes matrimoniales ; enfin elle donne par des *declarationes* l'interprétation des décrets (non des canons) que la bulle de Pie IV réservait au pouvoir législatif de la papauté,

Une des principales matières pour lesquelles la Congrégation excerce son pouvoir judiciaire est celle du mariage et des fiançailles. On peut même dire qu'avec l'affaiblissement et l'effacement des juridictions ecclésiastiques dans la plupart des pays d'Europe, le jugement des causes matrimoniales s'est en réalité concentré devant la *Congregatio Concilii*. Cependant celle-ci ne procède jamais elle-même à l'instruction des affaires dont elle est saisie; c'est un axiome que : *Acta non conficit sed omnia quæ facti sunt ad judices ordinarios rejicit*. Elle ne statue vraiment que sur les questions de droit, y compris bien entendu l'appréciation des preuves fournies. Si donc la cause, qui a été portée devant elle, n'a pas encore fait l'objet d'une procédure judiciaire, la Congrégation renvoie l'instruction de l'affaire au juge ordinaire des parties, et celui-ci expédie ensuite les pièces avec ses propres observations. Il n'y a point à proprement parler de débat devant la Congrégation; les parties peuvent seulement faire valoir par des avocats de la curie les conséquences juridiques qui se dégagent des pièces de la procédure. Il y a cependant deux modes de procéder devant elle ; l'un ordinaire (*juxta ordinem juris*), l'autre sommaire (*per summaria precum*). Comme une haute cour d'équité, elle a diverses manières de formuler, et, pour ainsi dire, de doser et de tempérer les sentences qu'elle rend[1].

1. Sur les formules : *Non expedire* ; *et amplius* ; *ad mentem*, voyez Hinschius, *op. cit.*, p. 462, 463.

La jurisprudence de la Congrégation du Concile sur les questions matrimoniales est devenue l'expression réelle et pratique du droit canonique en cette matière ; c'est par elle qu'il continue sa vie, et maintes fois j'aurai à la citer. Cependant, malgré leur importance, ses décisions pendant fort longtemps, jusqu'au XVIII[e] siècle, n'ont point été officiellement réunies et publiées. On les citait néanmoins, et, pour les besoins de la pratique, on en faisait des recueils plus ou moins fidèles. Au milieu du XVIII[e] siècle, on se décida, pour des années isolées, à en donner une publication officielle ; puis Prospero Lambertini, qui alors remplissait les fonctions de secrétaire de la Congrégation et qui devait être un jour le pape Benoît XIV, décida la publication de toutes les décisions rendues depuis 1718. La publication périodique et régulière s'est alors établie et continuée jusqu'à nos jours, sous le titre *Thesaurus resolutionum Sacræ Congregationis Concilii quæ consentanea ad Tridentinorum Patrum decreta aliasque canonici juris sanctiones prodierunt*[1].

1. Cf. Tardif, *Histoire des sources du droit canonique*, p. 233 et suiv. — Dans mes citations de la jurisprudence de la Congrégation, je ne renverrai pas directement au *Thesaurus* officiel, cette immense collection n'étant pas à la disposition ou à la commodité de la plupart des lecteurs. Je renverrai à divers recueils faits par des particuliers et contenant un choix des décisions les plus importantes. J'utiliserai le plus souvent le recueil dont MM. Schulte et Richter ont accompagné leur édition du concile de Trente : *Canones et decreta concilii Tridentini ex editione Romana a. M DCCC XXXIV repetiti; accedunt S. Cong. card. Conc. Trid. interpretum declarationes ac resolutiones ex ipso resolutionum thesauro, bullario Romano et Benedicti XIV operibus... selectæ*, Lipsiæ, 1853. C'est à cette édition des décisions du concile de Trente que je renverrai toujours dans la suite, en la désignant simplement par ces mots : Schulte et Richter.

CHAPITRE III

Les décisions du concile de Trente sur la nature et les formes du mariage.

Section première : *Le sacrement de mariage.*

Section deuxième : *Les formes et la preuve du mariage.* — I. Les mariages clandestins et le mariage des fils de famille ; le premier projet ; les objections et les conciliations. — II. Modifications successivement apportées au projet ; les résolutions définitives. — III. La publication des bans et autres formalités préalables à la célébration. — IV. La célébration du mariage ; la détermination du *proprius parochus*. — V. Le rôle du *parochus* dans la célébration ; le pouvoir de délégation. Les *vagi*. — VI. Les témoins. — VII. La preuve du mariage. — VIII. La publication du décret *de clandestinis* ; son application quant aux personnes et quant aux lieux. — IX. La réglementation postérieure ; le *liber status* ; la constitution de Benoît XIV sur les mariages secrets. — X. La réglementation du concile de Trente et l'ancien droit français.

SECTION PREMIÈRE.

Le sacrement de mariage.

La question fondamentale que le concile avait à résoudre, — car de sa solution dépendait la solution de la plupart des autres, — était celle concernant la nature même du mariage : était-il ou non un sacrement? Le concile l'avait tranchée par avance, conformément à la tradition, dès sa session septième[1]. Mais il la reprit directement et spécialement lorsqu'il aborda la matière du mariage, comme on l'a vu plus haut. Il affirma de nouveau, avec la sanction de l'anathème, que le mariage

1. Schulte et Richter, p. 40.

était un sacrement de la nouvelle loi, institué par le Christ, et qu'il conférait la grâce[1]. En même temps, il déduisait, en autant de canons, les principales conséquences découlant de ce principe, choisissant spécialement celles qui avaient été énergiquement contestées par les protestants.

Les Pères ne se contentèrent pas de voter ces canons ; ils les firent précéder d'une exposition et démonstration doctrinale, dans laquelle le caractère de sacrement était établi par l'accumulation des diverses justifications qu'a produites la théologie[2]. Cette préface significative ne se trouvait point dans le premier projet, qui ne contenait rien de pareil[3]. Ce furent les Pères qui en firent la demande dans la discussion, désirant *ut præmittatur titulus, doctrina.* Beaucoup d'orateurs se prononcèrent dans ce sens[4] ; très peu firent des objections[5]. Sans doute, leur pensée fut qu'il ne suffisait pas d'une sentence sans considérants et sans preuves pour condamner les opinions des protestants.

En conséquence, le projet présenté en seconde lecture contenait une introduction, mais très courte[6]. Cela ne donnait en

1. Session XXIV, *De sacramento matr.*, c. 1 (Schulte et Richter, p. 215) : « Si quis dixerit matrimonium non esse vere et proprie unum ex septem legis evangelicæ sacramentis a Christo Domino institutum, sed ab hominibus in Ecclesia inventum neque gratiam conferre : anathema sit. »

2. *Doctrina de sacramento matrimonii* (Schulte et Richter, p. 214) ; voyez ci-dessus, tome I, p. 72, note 1.

3. Theiner, *Acta*, II, p. 313.

4. Voyez dans Theiner, *Acta : Mutinensis, Calamonensis, Aurelianensis*, II, p. 322; *Vulturariensis*, II, 323; *Larinensis, Gerundiensis, Auriensis*, II, 324; *Nemausensis, Brixiensis*, II, 327; *Iprensis*, II, 328; *Venciensis, Barchinonensis*, II, 329; *Niochensis, Gaditanus*, II, 330; *Massicanus*, II, 332; *Uxellensis, Abbas* II *Cassinensis*, II, 333; *Generalis Sancti Augustini*, II, 334. — Faisons remarquer une fois pour toutes que les prélats sont toujours désignés par leurs titres et leur siège, point par leur nom propre. Dans l'édition des *Canones et decreta* de Schulte et Richter, on trouve p. 618 une liste ou catalogue, où les noms sont donnés avec les titres.

5. Voyez cependant *Calvensis* (Theiner, *Acta*, II), 329 : « Nulla doctrina aut præfatio præponatur ; sed si ponetur sit brevis et clara. »

6. Theiner, *Acta*, II, p. 335 : « SS. œcumenica Tridentina synodus, post absolutam de sex Ecclesiæ sacramentis sigillatim atque in specie diffinitionem, damnatasque plurimas hæreses et falsa dogmata... quod reliquum est, illos

réalité aucune satisfaction au vœu exprimé; de différents côtés on en fit la remarque[1]. En troisième lecture, l'introduction reparut, renforcée et démonstrative; mais elle ne fut pas encore considérée comme suffisante[2]. C'est seulement à la quatrième lecture qu'elle prit la forme amplifiée et définitive qu'elle a gardée[3].

Quant au canon fondamental, qui proclamait que le mariage est un véritable sacrement, il ne souleva et ne pouvait soulever aucune objection. Dans la discussion préparatoire, les *theologi minores* avaient seulement reconnu que ce point ne résultait pas des termes formels de l'Écriture, qu'il était simplement établi par la tradition de l'Église[4].

Les autres canons sur le sacrement de mariage déduisent, je l'ai dit, les principales conséquences de ce principe. L'un d'entre eux, celui qui affirme la compétence des juridictions ecclésiastiques quant aux causes matrimoniales[5], a été exa-

etiam præcipuos ac insigniores errores atque hæreses exterminare intendens, quæ circa matrimonii sacramentum a Sathanæ ministris his nostris temporibus suscitatæ aut inventæ sunt, hæc diffinit ac statuit. »

1. *Cauriensis* (Theiner, *Acta*, II), 332 : « Desiderat præfationem ornari aliqua auctoritate Scripturæ. »

2. *Madrutius*, II, 391 : « Secunda præfatio magis placet, et magis placeret si fieret uberior. » — *Segobiensis*, II, 394 : « Dixit necessariam esse doctrinam his canonibus, et quæ est proposita non est sufficiens. »

3. Le texte dans Schulte et Richter, p. 214.

4. *Ferdin. Bellosillo, Hispanus* (Theiner, *Acta*), II, 241 : « Quod autem matrimonium sit sacramentum et gratiam conferat habetur vere ex traditione apostolorum et Ecclesiæ, cum loca Scripturæ non usque adeo clare probant, sicuti non habetur expresse in Scripturis quod baptismus sit sacramentum, sed tantum ex traditione Ecclesiæ. » — *Antonius de Gragnano* (*Italus*), II, 243 : « Non videtur tamen quod ex verbis Pauli possit colligi matrimonium esse sacramentum, sed colligitur esse signum conjunctionis Christi cum Ecclesia. Paulus intelligit esse maximum secretum et mysterium, quod ex viro et femina fiat una caro, sicuti maximum est secretum quod ex Christo et Ecclesia fiat unum corpus, scilicet ex Christo tanquam capite et Ecclesia tanquam membris, unum unitate mystica, cum enim dicit : hoc est magnum sacramentum, refertur ad id quod proxime dixerat : et erunt duo in carne una. Non colligitur igitur ex illis verbis Pauli matrimonium esse sacramentum, sed habetur ex auctoritate Ecclesiæ, quæ fundatur in XIX Matth. : Quod Deus conjunxit homo non separet; Deus enim non conjunxit contractum, sed gratiam, estque sacramentum novæ legis non veteris. »

5. C. XII (Schulte et Richter, p. 216).

miné précédemment [1]; presque tous les autres visent la théorie des empêchements ou celle du divorce et de la séparation, et seront étudiés plus loin. Deux seulement, le deuxième et le dixième, restent à signaler ici.

Le canon 2 établit le principe de monogamie [2] déjà affirmé dans la préface [3]. Quelques sectes extrêmes avaient pu déjà, d'autres devaient dans l'avenir invoquer la polygamie, rappelée dans l'Ancien Testament, pour la justifier parmi les chrétiens. C'est cette interprétation que condamnait le concile.

Le canon 10 avait pour objet de condamner la doctrine de Luther, qui plaçait l'état de mariage au-dessus de l'état de virginité ou de célibat, et de confirmer le mérite supérieur que la tradition de l'Église attachait à la continence [4].

SECTION DEUXIÈME

Les formes et la preuve du mariage.

La modification la plus profonde qu'introduisit le concile de Trente dans le droit matrimonial consista à transformer en contrat solennel le mariage, qui, jusque-là, avait été traité comme un contrat consensuel. C'était une révolution véritable; on réagissait par là contre une longue et forte tradition. Aussi, bien que la réforme fût impérieusement exigée par le sentiment public, ne put-elle pas se faire accepter sans soulever une vive résistance dans le concile. En effaçant du droit canonique ce qui, depuis des siècles, était considéré comme un principe fondamental en cette matière, on pouvait craindre

1. Ci-dessus, tome I, p. 74.

2. Schulte et Richter, p. 215 : « Si quis dixerit licere christianis plures simul habere uxores et hoc nulla lege divina esse prohibitum : anathema sit. »

3. Schulte et Richter, p. 215 : « Hoc autem vinculo duos tantummodo copulari et conjungi Christus Dominus apertius docuit. »

4. Schulte et Richter, p. 216 : « Si quis dixerit statum conjugalem anteponendum esse statui virginitatis vel cælibatus, et non esse melius et beatius manere in virginitate vel cælibatu quam jungi matrimonio : anathema sit. »

d'ébranler dans sa base la théorie tout entière. Je vais étudier le laborieux enfantement de cette réforme capitale, suivre les crises par lesquelles elle a passé. Mais, pour cela, il faut savoir que le concile tout d'abord se proposa une réforme moins considérable ; il se proposa simplement l'élimination des mariages clandestins. Cependant il n'eut pas à statuer isolément sur la valeur des mariages clandestins ; une autre question était jointe à celle-là, qui, pratiquement, avait avec elle une étroite connexité : la validité des mariages contractés par les fils de de famille *sine consensu parentum* [1].

I

Le premier projet, présenté aux Pères du concile le 20 juillet 1563, contenait trois dispositions sur cette matière.

1° Un canon (alors can. 3) déclarait *vera ac rata matrimonia* les mariages clandestins actuellement consentis. Il ajoutait qu'il n'était pas au pouvoir des parents de les confirmer ou de les annuler, *rata vel irrita facere*, lorsqu'ils avaient été contractés par leurs enfants [2]. Cette disposition se rapportait au passé. Elle avait pour but de condamner certaines thèses soutenues par les protestants et d'après lesquelles ces mariages devaient être, en vertu des principes généraux, considérés comme nuls.

Puis venait un décret qui, lui-même, contenait deux parties.

2° La première partie reconnaissait l'inutilité des défenses et des pénalités édictées par l'Église quant aux mariages clandestins : en conséquence, elle annulait tout mariage qui, à l'avenir, serait contracté clandestinement, sans la présence de trois témoins [3].

1. Les deux mesures étaient réclamées à la fois dans la pétition présentée au nom du roi de France, ci-dessus, tome II, p. 129, note 5.

2. Theiner, *Acta*, II, p. 313.

3. Theiner, *Acta*, II, 314 : « Statuit et decernit ea matrimonia, quæ in posterum clam non adhibitis tribus testibus contrahentur, irrita fore ac nulla prout præsenti decreto irritat et annulat. »

3° La seconde disposition déclarait nuls les mariages contractés sans le consentement des parents par les fils avant leur dix-huitième année révolue, par les filles avant leur seizième année [1].

Ces propositions semblaient parfaitement raisonnables. Elles répondaient au vœu général des peuples et des princes ; on le constatera dans la discussion générale [2]. Et, tout au moins en ce qui concerne les mariages des fils de famille, l'Église anciennement avait suivi cette doctrine pendant des siècles : les Pères du concile étaient parfaitement instruits de ce point d'histoire ecclésiastique [3]. Pourtant ces propositions vont soulever une opposition considérable, devant laquelle la dernière échouera même complètement; la seconde subira aussi de profondes modifications, qui, il est vrai, la renforceront au lieu des l'affaiblir. Ce n'est pas que les Pères méconnussent, d'aucun côté, les graves inconvénients que présentait la théorie classique du droit canonique. En général ils signalent ces dangers avec une grande force, les opposants comme les partisans du projet. Il y eut pourtant quelques voix divergentes qui, même au point de vue de l'utilité, protestèrent en faveur

1. Theiner, *Acta*, II, 314 : « Insuper eadem sancta synodus ea quoque matrimonia, quæ filiifamilias ante decimum octavum, filiæ vero ante decimum sextum suæ ætatis annum completum sine parentum consensu de cætero contraxerint, præsenti decreto irritat et annulat. »

2. *Virdunensis* (Theiner, *Acta*, II), 351 : « Penitus irritentur. Hoc petunt reges et principes, et Ecclesia tam Gallicana quam Hispana. » — *Mutinensis*, II, 352 : « Unde si non statuatur, aderit suspicio quod Ecclesia nihil possit et præsertim id petentibus omnibus nationibus. » — *Laquedoniensis*, II, 395 : « Dixitque expediens esse matrimonia clandestina irritari, cum nationibus placeat et majori parti Patrum. »

3. *Segobiensis*, II, 320 : « Canon III non placet, Evaristus enim, Clemens III et concilium Carthaginiense III sunt contrariæ opinionis : per 1200 annos Ecclesia tenuit clandestina non esse matrimonia; neque matrimonia esse rata, antequam succedat consensus parentum. » — *Ilerdensis*, II, 359 : « Evaristus irritavit clandestina, non obstante quod Gratianus aliter exponat et alii, et hoc quia non viderunt integram epistolam Evaristi. Primus qui dixit clandestina esse rata fuit Alexander III. » — Mais, cf. *Urbevetanus*, II, 366 : « Nec est verum quod Evaristus illegitimaverit hujusmodi matrimonia, nam in sua epistola loquitur secundum leges civiles Romanorum, quibus primitiva Ecclesia utebatur. »

des mariages clandestins et des mariages librement contractés par les fils de famille et les mineurs. Ils obéissaient en cela à cette tendance puissante que j'ai signalée bien des fois déjà, et qui poussait le droit canonique à mettre le mariage à la facile portée de tous, comme un secours contre l'incontinence, presque comme un piège salutaire[1]. Mais ceux-là, s'ils étaient bien dans l'esprit ancien et traditionnel, ne représentaient qu'une infime minorité. Presque tous reconnaissaient l'utilité et même la nécessité pratique de la réforme proposée. La résistance, outre la force de l'esprit conservateur si grande dans l'Église, venait de scrupules théologiques extrêmement graves. Le mariage clandestin, le mariage non autorisé des fils de famille avait été considéré pendant des siècles comme un sacrement; et le canon 3 proposait même de reconnaître ce point comme dogme : dès lors comment annuler pour l'avenir ces mariages? N'était-ce pas proposer d'annuler un sacrement? Tel était le sentiment pro-

1. *Iprensis* (Theiner, *Acta*), II, 328 : « Item dixit ex irritatione hujusmodi non obviam ire inconvenientibus quæ oriuntur ex clandestinis; nam ex hoc juvenes immiscebunt se omnibus impudicitiis, scientes non posse alligari matrimonio, quare non videtur facienda aliqua novitas. » — *Philadelphiensis*, II, 347 : « Non placet ullo pacto sibi irritari clandestina, eo quod est tentare Deum imponere humeribus hominum quod patres nostri ferre non potuerunt. » — *Nemausensis*, II, 361 : « Ex hujusmodi decreto fiet magna mutatio et perturbatio juris canonici. Novitates enim sunt periculosæ et suspectæ : nam semper erunt scandala in quocumque sacramento, etiam ex quibuscunque excogitatis quoad forum fori, et aliquando bonum est contrahere clandestine, dum mulier fidelis habens patrem hæreticum, eo invito, clam nubet fideli. » — *Cavensis commissarius*, II, 346 : « Matrimonia clandestina sunt bona cum per ea provideatur tyrannidi principum, qui volunt dare uxores suis servitoribus. Item aliqui concubinas habentes in fine vitæ cum eis contrahunt, quod si matrimonia tollerentur, hoc bonum tolleretur. Item aliqui amantes se invicem contrahunt clandestine, et si clandestinum tolleretur, tollerentur matrimonia quæ fiunt libenter et sponte : ex consequenti prohiberetur vera amicitia inter conjuges. » — *Generalis Augustin.*, II, 367 : « Decreta ipsa mihi videntur plena novitate, et ideo satis horreo in eis considerandis, cum decreta semper debeant esse immutabilia, nisi succedat magna necessitas. » — *General. Soc. Jesu* (ibid) : « Matrimonia clandestina ex sua intrinseca essentia non sunt mala, quia quod est malum ex sua intrinseca ratione semper est malum. Hoc autem non contingit in clandestinis, cum aliquando expediat ea fieri, et tunc procul dubio fiunt sine peccato. »

duit par divers orateurs et dont l'expression écrite circulait dans le concile[1]. On ajoutait que les protestants soutenaient énergiquement la nullité des mariages clandestins, et que, par suite, annuler ceux-ci, c'était donner raison à l'hérésie[2]. Aussi beaucoup de Pères cherchaient-ils encore à réprimer les mariages clandestins, sans les annuler, en édictant des peines plus sévères contre ceux qui les contractaient; ou bien ils proposaient d'en faire disparaître les inconvénients, en obligeant ceux qui avaient contracté clandestinement à déclarer leur mariage, dans un certain délai, devant le juge ecclésiastique[3].

1. *Antonius de Gragnano* (Theiner, *Acta*), II, 243; *Madrutius*, II, 315; *Lucerinus*, II, 323; *Larinensis*, II, 342; *Clusinus*, II, 327; *Abbas Clarævallis*, II, 333; *Lancianensis*, II, 344 : « Dixit circumferri quædam scripta incerto auctore quibus conantur asserere quod Ecclesia non possit irritare clandestina matrimonia. » — *Faventinus*, II, 332 : « Quoad decretum de clandestinis dixit decanum Lovaniensem et Joannem Antonium Delphinum asserere Ecclesiam id non posse facere. » — *Leriensis*, II, 353 : « Invehit contra eos qui dicunt hujusmodi irritationem esse contra Evangelium, ex eo quod Evangelium dimisit nos liberos; et quod sunt hæc verba hæreticorum qui negant auctoritatem Ecclesiæ. »

2. *Hydruntinus* (Theiner, *Acta*), II, 340 : « Item hujusmodi irritatio clandestinorum habuit malos auctores : Erasmum, Lutherum, Brentium et Buccerum. » — *Rossanensis junior*, II, 341 : « Præterea hoc faciendo non anathematizamus hæreticos, qui id dixerunt, sed videmur eos sequi. Erasmus enim dicit : natura dictat obediendum parentibus, cur igitur invitis parentibus dicis te posse ingredi religionem aut matrimonium contrahere ? Et Lutherus dicit matrimonia clandestina aut invitis parentibus non esse vera. Idem dicit et Buccerus et Calvinus. Ne igitur videamur sequi hæreticos, non debent hujusmodi clandestina irritari. » — *Generalis soc. Jesu*, II, 369 : « Præterea inter omnes loquentes de reformatione nunquam fuit facta mentio de irritatione clandestinorum nisi a Groppero in concilio Coloniensi, et hoc propter Erasmum et Calvinum : et legit dicta Calvini, quibus videtur confirmari decretum. Nec convenit ut concilium conformet se hæreticis. Sed non ex hoc dico, inquit, omnia dicta hæreticorum respuenda; sed proculdubio respuenda sunt dubia, cujusmodi videntur ea quæ dicuntur in hoc decreto; et præsertim quia hæretici dicunt quod lex canonica diabolica est circa matrimonia clandestina. »

3. *Interamnensis* (Theiner, *Acta*), II, 320 : « Matrimonia etiam clandestina sunt medicinæ ad multa mala; neque ex irritatione talium matrimoniorum tolluntur inconvenientia; igitur non sunt tollenda, nec irritanda; sed apponantur pœnæ, statuaturque ut clandestine contrahentes infra mensem com-

L'effort principal du débat tendit à écarter cette redoutable objection de principe, qui, jusqu'au bout, arrêtera un assez grand nombre des Pères du concile. Dans ce but, diverses combinaisons, divers détours pour ainsi dire, furent successivement ou simultanément proposés.

Pour certains, l'objection était facilement écartée, ou plutôt n'existait pas, car ils admettaient que ce qui constituait le sacrement de mariage, ce n'était pas le consentement des époux, mais la bénédiction qui leur était donnée par le prêtre [1]. Dans cette opinion, rien n'était plus simple que de déclarer nuls tous les mariages non célébrés *in facie Ecclesiæ*; en les annulant, on ne touchait point au sacrement [2]. Mais cette idée ne pouvait prévaloir devant la tradition ancienne et constante qui exigeait la bénédiction nuptiale *ad honestatem*, *non ad necessitatem* [3].

Une autre conciliation consistait dans la distinction du contrat et du sacrement de mariage, dont il a été parlé précédemment [4]. Dans cette conception, le contrat, au moins pour un instant de raison, était, dans chaque mariage, antérieur au sacrement auquel il servait de base. Le sacrement ne pouvait exister que là où se trouvait un contrat valable, auquel il pût

pareant coram ecclesiastico judice, et quod tales priventur hæreditate. » *Lucerinus*, II, 323 : « Decretum non placet; poteruntque prohiberi clandestina, si pœnæ appositæ et apponendæ mandentur executioni. » — *Rheginus*, II, 393 : « Circa clandestina non placent decreta de irritatione, et subscribet sententiæ Madrutii; sed apponantur pœnæ gravissimæ contra clandestine contrahentes, excommunicentur, sint infames, inhabiles ad hæreditates et ad omnes honores; et puellis abscindantur capilli in perpetuum. »

1. *Segobiensis* (Theiner, *Acta*) p. 320 : « Ratio sacramenti matrimonii consistit in benedictione sacerdotali cum oblatione sacrificii; ponatur ergo lex quod non fiant matrimonia ante benedictionem sacerdotalem. » — *Simon Vigor*, II, 236; *Petrus Fernandez*, II, 242; *Cenomanensis*, II, 325.

2. *Augustensis* (Theiner, *Acta*) II, 325; *Calamonensis*, II, 322; *Ilerdensis*, II, 326.

3. Thom. Aquin., *Summa*, *supplem. tertiæ partis*, qu. 42, art. 1 : « Verba quibus consensus exprimitur matrimonialis sunt forma hujus sacramenti, non autem benedictio sacerdotis, quæ est quoddam sacramentale. » — *Cochier* (Theiner, *Acta*) II, 237; *Didacus de Payva*, II, 239.

4. Ci-dessus, tome I, p. 78 et suiv.

se superposer. Mais, d'autre part, le législateur, au moins le législateur ecclésiastique, pouvait librement toucher au contrat et en soumettre la validité à de nouvelles conditions. Par suite, en annulant les mariages clandestins pour l'avenir, on ne touchait directement qu'au contrat, ce qui c'était permis. Cette thèse, dont j'ai recherché plus haut l'origine [1], fut professée par de nombreux Pères du concile [2]. Dans certaines de ses applications, elle était représentée comme une doctrine courante. Ainsi l'on soutenait que les mariages contractés par procureur entre chrétiens constituaient un contrat, mais non un sacrement [3]; les théologiens hésitaient aussi à voir un sacrement dans le *matrimonium præsumptivum*, celui qui se contractait entre fiancés par le seul fait de la *copula carnalis* [4]. Mais si cette opinion avait de nombreux défenseurs, elle était d'autre part vivement contestée. On soutenait, et c'était la tradition ancienne et la doctrine constante des canonistes, qu'il était impossible, dans le mariage des chrétiens, de séparer le contrat du sacrement, que le contrat lui-même avait été élevé par la nouvelle loi à la dignité de sacrement et absorbé par le sacrement, si bien qu'on ne pouvait plus concevoir l'un sans l'autre. Bien des voix s'élevèrent dans ce sens au concile [5], et l'on sait que leur doctrine est celle qui définiti-

1. Ci-dessus, tome I, p. 80.

2. Voyez les Pères cités p. 80, note 4, et la plupart de leurs opinions reproduites *in extenso*, appendice *A*.

3. *Lucencis* (Theiner, *Acta*) II, 381 : « Matrimonium per procuratores est contractus, sed non est sacramentum. » — *General. prædicat.*, II, 333 : « Secundum aliquos doctores non omne matrimonium christianum est sacramentum ut patet de matrimonio contracto per procuratorem, quod est verum matrimonium et non est sacramentum. »

4. C'est ce que relevait Calvin, *Inst. christ.*, lib. IV, c. XIX : « Est et altera in eorum dogmatibus absurditas. In sacramento conferri gratiam Spiritus Sancti affirmant; coitum tradunt esse sacramentum, in coitu negant unquam Spiritum Sanctum adesse. »

5. *Parmensis* (Theiner, *Acta*) II, 329 : « Nec potest intelligere contractum matrimonialem sine sacramento. » — *Clusinus*, II, p. 360 : « Quod ratio contractus et matrimonii sunt ita conjuncta sicut calor et ignis. » — *Atrebatensis*, II, 323 ; *Montisfalisci*, II, 324, 355; *Iprensis*, II, 328; *Calvensis*, II, 329 ; *Uxellensis*, II, 333.

vement a triomphé [1]. Cette distinction ne devait donc point être le moyen par lequel on pouvait sûrement écarter les scrupules des Pères et obtenir d'eux l'annulation des mariages clandestins. Il fallait chercher d'autres expédients juridiques.

Il en fut produit un très ingénieux, mais qui cependant ne fut pas pris en considération. Il consistait à faire tomber, par une présomption légale, les mariages clandestins sous l'une des causes de nullité déjà admises par le droit canonique. Celui-ci, on le sait, déclarait nuls les mariages contractés sous l'empire de la violence, et inexistants ceux dans lesquels il n'y avait que l'apparence d'un consentement; rien n'était plus simple que de décider, par une présomption irréfragable, que les mariages clandestins seraient considérés comme contractés *metu* ou comme ne contenant point un consentement réel et sérieux : ils seraient annulés par là même [2]. Cet avis réunit peu d'adhésions [3]; en effet, cette présomption était trop contraire à la vérité des faits pour pouvoir être reçue. Elle était en contradiction flagrante avec la déclaration proposée au concile d'après laquelle la pleine validité des mariages clandestins était proclamée pour le passé. Un prélat ouvrit un avis plus raisonnable en proposant d'annuler les mariages clandestins lorsqu'en fait ils seraient entachés de dol, et de les maintenir comme valables dans l'hypothèse contraire [4] ; mais le dol,

1. Ci-dessus, tome I, p. 78.

2. *Rossanensis senior* (Theiner, *Acta*), II, 315 : « Dixit sibi non placuisse irritari clandestina matrimonia ; quod si faciendum erat, erat faciendum sub alia forma, videlicet declarando quod, si matrimonia clandestine fierent absque testibus, judicetur quod extortus fuerit consensus metu aut dolo et non fuisse liberum. » — P. 341 : « Si irritanda essent matrimonia hujusmodi, tutius esset procedere per viam præsumptionis, præsumendo hujusmodi consensus non fuisse veros. »

3. *Cavensis commissarius* (Theiner, *Acta*), II, p. 318 : « Non placet de clandestinis, sed placet cautela data a Rossanensi. » — *Castrensis*, II, 319 : « Sequitur Rossanensem. »

4. *Liciensis* (Theiner, *Acta*) II, 364 : « Quoad decretum de clandestinis dixit quod cum in clandestinis adest dolus ea sunt irrita, cum autem non adest dolus non possunt irritari. »

nous le savons, n'était pas considéré comme une cause de nullité par le droit canonique.

Le procédé auquel on eut recours en définitive consista à présenter l'annulation des mariages clandestins sous le couvert d'une incapacité nouvelle, édictée pour l'avenir par le concile : *inhabilitatio personarum*. On déclarait les chrétiens incapables de contracter mariage sans une publicité déterminée : par là même étaient nuls les mariages clandestins. L'Église, — le concile l'avait proclamé, — avait le droit d'établir de semblables incapacités, en leur donnant l'énergie d'empêchements dirimants. Elle pouvait défendre aux chrétiens de contracter clandestinement, comme elle leur avait défendu de contracter mariage entre parents et alliés, tantôt jusqu'à tel degré, tantôt jusqu'à tel autre. Cela permettait de déclarer valables et sacramentels les mariages clandestins contractés antérieurement à la prohibition nouvelle, tout en les annulant pour l'avenir[1]. En réalité, c'était se faire illusion et se leurrer de paroles. L'incapacité établie ne tenant pas à une qualité des personnes, mais simplement à une forme du contrat, c'était bien celui-ci que l'on visait au fond. Aussi les adversaires quand même de la réforme signalèrent la fai-

1. *Vulturianensis* (Theiner, *Acta*) II, 323 : « Fiat irritatio matrimonii clandestini, sed irritatio sit circa personas non autem circa sacramentum. » — *Uxellensis*, p. 333 : « Matrimonia clandestina postquam sunt facta non possunt irritari, sed irritentur antequam fiant, et omnino hujusmodi matrimonia irritentur. » — *Hierapetrensis*, p. 319 : « Decretum de clandestinis placet, cum hoc ut inhabilitentur personæ. » — *Abbas Cassinensis* I, p. 333 : « Quoad decretum de clandestinis ait debere illegitimari non contractum sed personas, quæ statim quod deliberant sic contrahere, eo ipso auctoritate Ecclesiæ reddantur illegitimæ, et hoc modo dicit posse irritari clandestina. » — *Granatensis*, 340 : « Si contrahens cum consanguinea fit inhabilis ex eo quod illa consanguinitas manet in eo, quanto fortius potest irritare eum qui habet in se hanc inordinationem ut nolit obedire parentibus nec Ecclesiæ, sed indulgere soli libidini. » — *Lancianensis*, 344 : « Dixitque contra eos qui asserunt in illegitimatione personarum necessarium esse ut sit aliquod adhærens personæ. Hoc enim falsum est in cognatione spirituali, in qua adest qualitas personæ, non a natura. Item, in cognatione legali, non adest qualitas perpetuo adhærens personæ. Ergo falsum est quod ab eis dicitur. »

blesse de cette combinaison[1], et même ses partisans en faisaient l'aveu[2].

Si, pour les mariages clandestins, on devait arriver au but, quoique par un détour, il n'en fut pas de même pour les mariages non clandestins contractés par les fils de famille *sine consensu parentum*. Le premier projet qui les annulait, ainsi qu'on l'a vu plus haut, avait ses partisans convaincus, qui faisaient justement observer qu'il était conforme à l'état ancien du droit canonique[3]. Mais, cependant, parmi ceux-là beaucoup demandaient des modifications au décret. La plupart voulaient que l'âge auquel les jeunes gens pourraient librement contracter mariage fût élevé et porté à dix-huit ou vingt ans pour les filles, à vingt, vingt-deux ou même vingt-quatre ans pour les hommes. Plusieurs demandaient que l'on prît en considération non seulement les *filiifamilias* mais encore les mineurs sortis de la puissance paternelle et que, pour ceux-ci, on exigeât jusqu'au même âge le consentement de la mère ou du tuteur[4], ou celui de l'évêque à défaut de parents[5]. D'autres proposaient au contraire des tempéraments, voulant qu'on permît au fils ou à la fille, auxquels le père refusait son consen-

1. *Madrutius* (Theiner, *Acta*), II, 333: « Displicet inhabilitatio personarum, quia Ecclesia id non potest facere aut saltem est dubium, et ideo non debet synodus ad ea procedere, nam aliqui gradus semper fuerunt prohibiti. » — *Hierosolymitanus*, II, 339 : « Ecclesia nullatenus potest irritare clandestina nec quoad consensum, nec quoad personas. »

2. *Generalis prædic.* (Theiner, *Acta*), II, 333 : « Quoad decretum de clandestinis dixit Ecclesiam posse irritare clandestina, prout irritavit in gradibus cognationum; nam sicut in cognationibus non tangit personam directe, quia persona est habilis ad contrahendum cum aliis ; sed tangit personam respectu ad talem et ex consequenti ratione consensus : unde principaliter tangit consensum, similiter tangit consensum in irritatione clandestinorum. » — Cf. *Rossanensis*, II, 316 ; *Colimbriensis*, II, 319 ; *Iprensis*, II, 363.

3. *Nicolas de Briis* (Theiner, *Acta*), II, 234 ; *Delgado*, II, 239 ; *Segobiensis*, II, 320 ; *Cathalonensis*, II, 323 ; *Cenomanensis*, II, 324 ; *Ilerdensis*, II, 326 ; *Aquensis*, II, 327 ; *Nemausensis*, II, 327 ; *Atrebatensis*, II, 355 ; *Senonensis*, II, 318.

4. *Senonensis* (Theiner, *Acta*), II, 318 ; *Auriensis*, II, 324 : « Ubi dicitur sine consensu parentum dicatur patris, et dicatur etiam sine consensu tutorum. »

5. *Ilerdensis*, II, 326 : « Quoad parentes, ubi deficiunt, episcopi provideant. »

tement, d'appeler à l'évêque de ce refus[1]. Même, le général des frères prêcheurs voulait que l'on exigeât toujours, pour le mariage des mineurs, le consentement de l'évêque, qui est le *pater spiritualis*, le *pater patrum*, et seulement celui-là[2].

Mais, en sens contraire, une opposition considérable se manifesta contre le principe même du projet. On invoquait contre lui trois ordres d'arguments :

1° Les textes de l'Écriture[3] et le principe supérieur qui avait triomphé dans l'Église et d'après lequel, pour les choses spirituelles, la liberté des âmes était complète et ne devait point être gênée par les rapports de puissance établis par le droit civil. C'est ainsi qu'elle avait fini par reconnaître valable le mariage de l'esclave, contracté *invito aut inscio domino* ; elle devait reconnaître à plus forte raison le mariage contracté par le fils de famille *invito aut inscio patre* ;

2° Les principes du droit naturel, d'après lesquels toute personne naturellement habile au mariage avait un droit égal à le contracter ;

3° Les inconvénients graves que cette réforme entraînerait, les dangers pour les âmes : les jeunes gens, ne pouvant librement se marier, seraient poussés à la fornication [4].

Quelques-uns de ceux qui repoussaient hautement le projet voulaient seulement que l'on édictât des peines sévères, notamment l'exhérédation, contre les enfants de famille qui contracteraient sans l'aveu de leur père, et que l'on réagît contre une trop grande facilité de mœurs[5]. Un argument singulier fut produit en ce qui concerne notre pays. On préten-

1. *Almeriensis* (Theiner, *Acta*), II, 326 ; *Nemausensis*, II, 329 ; *Barchinonensis* II, 329.

2. Theiner, *Acta*, II, 333.

3. « Homo relinquet patrem et matrem et adhærebit uxori suæ. »

4. *Simon Vigor* (Theiner, *Acta*), II, 237 ; *Cochier*, II, 238 ; *Colimbriensis*, II, 319, 348 ; *Recanatensis*, II, 320 ; *Clodiensis*, II, 320 ; *Montisfalisci*, II, 324 ; *Iprensis*, II, 328 ; *Dertunensis*, II, 329 ; *Cavensis*, II, 346 ; *Clusinus*, II, 360.

5. *Recanatensis* (Theiner, *Acta*), II, 319 ; *Clodiensis*, II, 320 ; *Larinensis*, II, 355 : « Neque quod dicitur de filiis placet. Sed apponantur pœnæ et Galli non permittant filias suas deosculari nec versari cum vicinis, nec Hispani nec Mutinenses, et apponantur pœnæ osculantibus. »

dit que, les enfants n'y étant pas soumis à la puissance paternelle, ce qui s'entendait de la *patria potestas* du droit romain, la question pour eux ne se présentait même pas[1]. Or la France fut justement un des pays où, au XVI[e] siècle, la législation et la jurisprudence séculières annulèrent ces mariages.

II

Sous l'influence de ces théories diverses, que devint le projet primitif? Dans sa seconde forme[2], le canon proposé pour affirmer dans le passé la validité des mariages clandestins, ne constituait plus une disposition séparée ; il était fondu dans le préambule du décret. Quant aux deux parties de celui-ci, elles étaient modifiées. Pour les mariages clandestins, ce second projet adoptait la théorie de l'*inhabilitatio personarum*. Il annulait en conséquence les mariages et même les fiançailles qui seraient contractés à l'avenir *clam sine trium saltem testium præsentia*[3]. Quant aux fils et filles de famille, on avait élevé l'âge, jusqu'auquel le consentement des parents était exigé pour la validité de leur mariage et de leur fiançailles, à dix-huit ans pour les filles et vingt ans pour les hommes. On les rendait inhabiles à contracter sans ce consentement, et l'on annulait les mariages contractés par les contrevenants, à moins que les parents eussent été requis et eussent refusé de consentir à un mariage reconnu honorable par un jugement de l'évêque, et que l'union eût alors été contractée avec l'autorisation de ce dernier[4].

1. *Civitatis Castelli* (Theiner, *Acta*), II, 362 : « Quoad id quod dicitur de filiisfamilias dixit quod Galli non sunt sub patria potestate, et quod non est disputandum an Ecclesia possit hoc modo. »

2. Theiner, *Acta*, II, 335.

3. Theiner, *Acta*, II, 335 : « Statuit ac decernit illas omnes personas, quæ in posterum clam sine trium saltem testium præsentia matrimonium sive sponsalia contrahere attentaverint, ad matrimonium sive sponsalia sic contrahenda inhabiles fore, ac propterea omnia ab eis acta pro matrimonio sive sponsalibus contrahendis irrita fore ac nulla, prout præsenti decreto irritat et annullat. »

4. Theiner, *Acta*, II, 335 : « Insuper eadem s. synodus filios quoque familias

Le troisième projet contenait deux rédactions du décret sur les mariages clandestins ; elles reposaient l'une et l'autre sur la théorie de l'*inhabilitatio personarum*. Mais l'une exigeait seulement, pour la validité du mariage ou des fiançailles, la présence de trois témoins[1]. L'autre, qui ne visait que le mariage et laissait de côté les fiançailles, le déclarait nul lorsqu'il n'avait pas été contracté en présence du prêtre de la paroisse, ou d'un autre prêtre délégué par l'ordinaire, et de deux témoins [2]. Cette idée de faire du prêtre paroissial l'un des témoins nécessaires du mariage avait surgi au cours de la discussion. Elle avait été émise tout d'abord par le cardinal de Lorraine lors de la première lecture[3], et elle trouva vite une grande faveur[4]. Elle avait cet avantage, sans consacrer l'opinion de ceux qui considéraient la bénédiction nuptiale comme essentielle au sacrement de mariage, de lui donner en fait

qui ante 20, filias vero familias quæ ante 18 suæ ætatis annum completum sine parentum consensu de cætero matrimonium sive sponsalia contrahere attentaverint, ad matrimonium sive sponsalia sic contrahenda inhabiles reddit, atque hujusmodi contractum irritat et annullat, nisi, parentibus per se vel per alios requisitis ut nuptiis ab eis honeste optatis assentiantur, illis inique (prælati judicio) renuentibus, de ejusdem prælati licentia id fecerint. »

1. Theiner, *Acta*, II, 389 : « Decernit eos omnes qui in posterum sine testium saltem trium præsentia matrimonium vel sponsalia contrahere attentaverint ad sic contrahendum inhabiles fore et contractus hujusmodi ab eis fieri attentatos irritos esse et nullos... declarat tamen s. synodus matrimonium sive sponsalia contracta in præsentia trium testium probari posse duobus ex prædictis testibus vel alia legitima probatione. »

2. Theiner, *Acta*, II, p. 388 : « Qui aliter quam præsente parocho, vel alio sacerdote de ipsius parochi vel ordinarii licentia, et duobus vel tribus testibus matrimonium contrahere attentaverint, eos s. synodus ad sic contrahendum omnino inhabiles reddit, et hujusmodi contractus irritos et nullos esse decernit. »

3. Theiner, *Acta*, II, 314 : « Remedium promptum est ut unus ex tribus testibus sit sacerdos. Si enim hæretici maxime volunt ut sui impii ministri benedicant nuptias, a fortiori hoc debet fieri in Ecclesia catholica, in qua sunt veri ministri ac sacerdotes. »

4. Dans ce sens, *Naxiensis* (Theiner, *Acta*), II, 317 ; *Mutinensis*, II, 318 ; *Calamonensis*, II, 322 ; *Insulanus*, II, 323 : *Albinganensis*, II, 323 ; *Assaphensis*, II, 324 ; *Metensis*, II, 324 ; *Cenomanensis*, *Sibinicensis*, *Suessionensis*, II, 325 ; *Ostunensis*, *Brixiensis*, *Uxentinus*, II, 327 ; *Civitatensis*, II, 328 ; *Corosopolitensis*, II, 330 ; *Alyphanus*, II, 332 ; *Vulturianensis*, II, 354 ; *Ilerdensis*, II, 359 ; *Sarzanensis*, II, 365.

satisfaction : car le prêtre ne se contenterait pas d'assister, il donnerait aussi aux époux la bénédiction nuptiale, cela serait même pour lui un devoir[1]. Mais cependant c'était seulement en vue d'éliminer plus sûrement toute clandestinité que l'on exigeait sa présence : ce qui le montre bien, c'est que plusieurs proposèrent de le remplacer par un notaire[2].

Le troisième projet contenait encore, dans l'une de ses rédactions (n° 2), un chapitre qui déclarait nuls les mariages et fiançailles contractés par les fils de famille sans le consentement du père ou de l'*avus*, sauf le droit pour eux d'en appeler à l'évêque du refus paternel. L'évêque pouvait aussi autoriser le mariage en cas d'absence prolongée des parents. Enfin, ce n'étaient que les parents catholiques dont le consentement était exigé, et, quant à l'âge jusqu'auquel ce consentement était nécessaire, on était revenu aux chiffres primitifs, seize ans pour les filles et dix-huit ans pour les hommes[3].

Le quatrième et dernier projet ne contenait plus qu'une seule rédaction du décret sur les mariages clandestins : c'était

1. *Calamonensis* (Theiner, *Acta*), II, 322 : « De testibus dicatur quod sint legitimi et unus sit sacerdos, et quod absque benedictione Ecclesiæ non censeantur legitima. » — *Metensis*, II, 324 : « Vellet inter testes esse aliquem sacerdotem, aut ut infra tres menses contrahentes se præsentent ecclesiæ. » — *Cenoman.*, 325 : « Quoad testes dicatur quod adsit parochus, qui consensum sua benedictione confirmet ; tenet enim hoc pertinere ad essentiam hujus sacramenti. » — *Ostunensis*, II, 327 : « Dixit sibi plurimum displicere quod matrimonia christianorum non sint aliquo ritu distincta a matrimoniis gentilium et ideo ultra testes addatur benedictio sacerdotalis. »

2. *Vulturiarensis* (Theiner, *Acta*), II, 354 : « Testes sufficiant duo et his adsit aut sacerdos aut notarius. » — *Ilerdensis*, 358-9 : « Dicatur ergo simpliciter : omnia matrimonia fiant in facie Ecclesiæ, aut addatur quod fiant coram notario et duobus testibus et fiat instrumentum. Poteritque quilibet episcopus habere notarium qui hæc matrimonia conscribat, qui notarius teneatur infra paucos dies referre episcopo. »

3. Theiner, *Acta* II, 389 : « Eadem s. synodus filiosfamilias qui, ante 18 et filiasfamilias qui ante 16 suæ ætatis annum perfectum, sine patris vel avi paterni catholici consensu, matrimonium sive sponsalia in futurum contrahere attentaverint, ad matrimonium sive sponsalia sic contrahenda inhabiles reddit atque hujusmodi contractus invalidat et annullat, nisi, patre vel avo per se vel per alios requisitis ut nuptiis honeste optatis assentiantur et illis renuentibus vel longe et diu absentibus, de ordinarii licentia fecerint. »

celle qui exigeait la présence du prêtre et qui ne visait pas les fiançailles. Le décret *de clandestinis* était complètement fondu avec les dispositions *de abusibus circa sacramentum matrimonii*, et cela constituait un *decretum de reformatione matrimonii* divisé en dix chapitres [1]. Ce texte fut adopté. Il y eut pourtant jusqu'au bout de très vives résistances [2]. Massarellus indique qu'il y eut encore finalement plus de cinquante opposants, dont un légat du saint-siège [3]. Quant à l'annulation des mariages contractés par les fils de famille sans le consentement des parents, le projet de décret fut complètement abandonné : leur validité fut même affirmée. On se contenta de dire dans le préambule du *decretum de reformatione* que l'Église avait toujours détesté et prohibé de semblables mariages [4]. Évidemment on avait sacrifié cette seconde réforme pour faire sûrement passer la première. Quant au mariage des enfants et des mineurs, l'ancien droit était donc maintenu, et ils restaient libres et valables. Les canonistes se demandaient même si, pour s'être mariés sans le consentement de leur père, le

1. Schulte et Richter, p. 216.

2. *Madrutius* (Theiner, *Acta*), II, 463 ; *Moronus*, II, 463 ; *Venetiarum*, *Hydruntinus*, II, 464 ; *Feltrensis*, II, 466 ; *Civitatis Castelli*, II, 466.

3. Theiner, *Acta*, II, 467 : « Quibus votis collectis et legatis relatis atque ostensis, card. Maronus pronuntiavit alta voce hæc verba, videlicet : Doctrina et canones de sacramento matrimonii approbata fuere ab omnibus, aliqui tamen in nonnullis desiderarent quædam adjici et detrahi. Decretum de clandestinis placuit majori parti Patrum : displicuit tamen ultra quinquaginta Patribus, inter quos cardinalis Simonetta s. sedis apostolicæ legatus non approbat decretum, remittendo se tamen S. D. N. Ego quoque s. sedis legatus approbo decretum si a S. D. N. approbatum fuerit. » — Quant au nombre total des votants, voici ce qu'indique Massarellus, au début de la session XXIV (15 juillet 1563) ; il constate (II, 312) : « Interfuerunt huic sessioni 4 cardinales præsidentes, cardinales a Lotharingia et Madrutius, patriarchæ 3, archiepiscopi 25, episcopi 193, abbates 3, generales ordinum 7 » ; en tout 237. Au début de la session XXV (3 décembre 1563) il relève (II, p. 505) : « Cardinales 6, archiepiscopi 25, episcopi 150, abbates 7, generales ordinum 7 ; » en tout 195.

4. Schulte et Richter, p. 216 : « Et proinde jure damnandi sunt illi, ut eos sancta synodus anathemate damnat... quique falso affirmant matrimonia a filiisfamilias sine consensu parentum contracta irrita esse, et parentes ea rata vel irrita facere posse : nihilominus sancta Dei Ecclesia ex justissimis causis ea semper detestata est atque prohibuit. »

fils et la fille pouvaient être exhérédés [1]. Mais, dans plusieurs pays catholiques, les lois séculières opérèrent cette réforme devant laquelle avaient reculé les Pères du concile de Trente. En France, les ordonnances exigèrent pour la validité du mariage, jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans, le consentement des parents, ou, à leur défaut, celui des tuteurs et curateurs. La première ordonnance rendue sur cette matière est celle de 1556, qui fut promulguée pendant la première assemblée du concile à Trente; puis vinrent l'ordonnance de Blois de 1579, art. 40 et 41; l'Édit de 1606; l'ordonnance de 1629 (Code Michau) art. 39; l'ordonnance de 1639 [2]. Ces textes, d'ailleurs, commencèrent par édicter simplement contre les contrevenants des peines civiles : l'exhérédation ou l'exclusion de plein droit de la succession paternelle. Mais bientôt on alla plus loin; on reconnut et prononça la nullité même du mariage ainsi contracté. On chercha néanmoins à mettre cette jurisprudence d'accord avec le droit canonique fixé par le concile de Trente, bien que celui-ci n'eût pas été reçu en France pour ce qui concerne la discipline. On y arriva au moyen de deux théories juridiques, celle de la clandestinité et celle du rapt de séduction [3]. Il est vrai que le concile de Trente annulait le mariage pour cause de clandestinité et à raison du rapt. Mais il n'entendait ni la clandestinité ni le rapt dans le même sens que nos anciens jurisconsultes. Dans leur doctrine il y avait, quant à la forme, une interprétation extensive, et, pour le fond, une réforme véritable. Ce sont des points sur lesquels j'aurai l'occasion de revenir [4].

Jusqu'ici je n'ai exposé que les controverses qui s'étaient agitées au concile de Trente sur les mariages clandestins et sur ceux contractés par les fils de famille. Il faut maintenant étudier en elles-mêmes les prescriptions qu'il a édictées quant

1. Sanchez, *De sacr. matrim.*, l. IV disp. XXII, et suiv.
2. *Conférences ecclésiastiques de Paris sur le mariage*, tome II, pp. 409, et suiv.
3. *Conférences ecclésiastiques de Paris*, tome II, p. 407, 408.
4. Cf. Duguit, *Étude historique sur le rapt de séduction* (*Nouvelle revue historique de Droit*, X, p. 587 et suiv.).

aux formes et à la preuve du mariage et l'interprétation qu'elles ont reçues. Elles peuvent se répartir en trois groupes que je considérerai successivement : 1° celles qui concernent des actes qui précèdent et préparent le mariage ; 2° celles qui concernent la célébration du mariage ; 3° celles qui concernent la preuve du mariage ou des actes postérieurs à la célébration.

III

Le concile, tout d'abord, ordonne de procéder aux publications de mariage[1]. C'était, nous le savons, une coutume ancienne, que le concile de Latran de 1215 avait transformée en loi. Mais le concile de Trente reprit ce sujet parce que la règlementation du concile de Latran était mal observée[2] et en elle-même insuffisante. Elle n'avait en effet déterminé ni le mode ni le lieu de ces publications. Aussi, bien des points étaient controversés[3]. On ne savait au juste combien de publications étaient nécessaires : au moins deux, disait Hostiensis. On se demandait où il fallait les faire : dans toutes les Églises de la cité où le mariage devait se contracter, disait Innocent IV. Le concile de Trente a été plus précis. Il décide qu'il faut trois publications, et elles doivent être faites à l'église paroissiale par le propre curé des parties, trois jours de fête consécutifs. Cependant, par là, toutes les difficultés n'étaient pas levées : un certain nombre de points restaient indécis.

En premier lieu, le texte ne parle que du *parochus* au singulier. Cela s'applique sans difficulté, lorsque les deux appar-

1. C. 1 (Schulte et Richter, p. 217) : « Idcirco sacri Lateranensis concilii sub Innocentio III celebrati vestigiis inhærendo præcipit ut in posterum antequam matrimonium contrahatur ter a proprio contrahentium parocho tribus continuis diebus festivis in Ecclesia inter missarum solemnia publice denuncietur inter quos matrimonium sit contrahendum. »

2. Panormit. sur c. III, X, *De cland. desp.*, IV, 3, n° 9 : « Sed adverte quod in multis locis non servatur hujusmodi denuntiatio de quo in littera. »

3. Hostiensis, *Summa*, p. 354; Innocent IV, sur c. III, X, IV, 3; Panormit., *ibid.*

tiennent à la même paroisse. Mais que décider, s'ils appartiennent à des paroisses différentes. La solution qui s'imposa, c'est qu'il faut des publications dans les deux paroisses; il y en a une double raison. Le but visé par le concile ne serait pas atteint si l'on agissait autrement: car les publications, étant destinées à faire apparaître les empêchements, doivent, pour être efficaces, se produire dans le milieu où chacun des époux est parfaitement connu. D'autre part, comme on le verra un peu plus loin, le curé de chacun des époux est également compétent pour procéder à la célébration; l'on ne sait pas d'avance lequel y procédera; il faut donc la rendre possible devant l'un comme devant l'autre.

Le lieu où les publications doivent être faites est celui où chacun des époux a son domicile. Mais, s'il y a eu de la part de l'un d'eux un changement récent de domicile, suffit-il de faire des publications au lieu du nouveau domicile? Ne faut-il pas en faire aussi au lieu du domicile antérieur? Selon les uns cela n'est jamais nécessaire, selon d'autres cela l'est toujours. D'autres enfin distinguent selon que le nouveau domicile a existé, ou non, pendant plusieurs années, et telle paraît être la jurisprudence de la Congrégation du Concile [1].

Les publications ne sont pas d'ailleurs absolument exigées. La dispense peut en être accordée par l'évêque, et, en le décidant, le concile de Trente a assez profondément innové [2]. Les anciens canonistes n'admettaient pas en principe que l'évêque pût dispenser des publications prescrites par le concile de Latran : la dispense en existait simplement de plein droit quand il s'agissait du mariage des princes et grands seigneurs, dont la condition et la généalogie étaient parfaitement connues. La coutume cependant, avec la tolérance du pouvoir pontifical, avait introduit la pratique de ces dispenses [3]. Le

1. *Senogallien.*, 3 april., 1734 (Schulte et Richter, p. 224, n° 28).

2. C. 1 (Schulte et Richter, p. 217) : « Nisi ordinarius ipse expedire judicaverit ut prædictæ denuntiationes remittantur, quod illius prudentiæ et judicio sanctus synodus relinquit. »

3. Sanchez, *De sac. matr.*, l. III, disp. VII, nos 1, 2.

concile de Trente a changé cet usage en loi. L'évêque peut user de deux manières du pouvoir qui lui est conféré : soit en remettant les publications après la célébration du mariage [1], mais avant sa consommation, soit en dispensant purement et simplement de toutes les publications ou de plusieurs. Mais on reconnaît qu'il faut pour cela une juste cause [2], tellement qu'on s'est demandé si d'un refus de l'évêque on ne pourrait pas appeler au supérieur ecclésiastique [3]. L'énumération des justes causes qui se présentent le plus souvent est donnée par Sanchez, et parmi elles figure la crainte d'une opposition injuste de la part des parents et des proches [4].

Les canonistes se demandent encore si l'évêque peut imposer, à celui qui obtient de lui la dispense, le paiement d'une somme d'argent, *aliquam pecuniæ multam fabricæ ecclesiæ aut piis operibus*. La majorité des docteurs semble tenir pour l'affirmative. On fait remarquer que qui peut le plus peut le moins, et qu'il n'y a point là un marché, mais seulement une sorte de pénitence ou un témoignage de reconnaissance. Sanchez se prononce très énergiquement en sens contraire [5], et, en effet, le concile de Trente dans sa session XXV, c. XVIII, or-

1. C. I (Schulte et Richter, p. 217) : « Quod si aliquando probabilis fuerit suspicio matrimonium maliciose impediri posse, si tot præcesserint denunciationes, tunc vel una tantum denunciatio fiat, vel saltem parocho et duobus vel tribus testibus præsentibus matrimonium celebretur; deinde ante illius consummationem denunciationes in Ecclesia fiant. »

2. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. III, disp. VIII, n° 1 : « Id Tridentinum non liberæ voluntati sed prudentiæ et judicio episcopi remittit. »

3. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. III, disp. X, n^{os} 12 et suiv., admet qu'il ne peut y avoir un appel proprement dit emportant l'effet suspensif; mais il y a un appel dévolutif par lequel on peut « judicis officium implorare ut ex officio et misericordia dispenset aut faciat ut inferior dispenset. »

4. *De sacr. matr.*, l. III, disp. IX.

5. Sanchez, *loc. cit.*, n° 9 : « Tridentinum solam concedit episcopo facultatem remittendi denunciationes et dispensandi in canone eas fieri præcipiente, non autem concedit facultatem obligationem legis in aliam materiam commutandi : alias sine justa causa posset remittere denunciationes, commutando in aliud opus pium; sicut potest absque alia causa obligationem voti in aliam commutare. Ex Tridentino (sess. XXV, *De reform.* c. XVIII) præcipitur dispensationem gratis faciendam esse; ergo non potest imponi aliqua eleemosyna, alias non conceditur gratis dispensatio. »

donne expressément que toutes les dispenses devront être accordées gratuitement[1].

Quelle est la sanction du défaut des publications exigées par le concile? Sous l'empire de la législation édictée par le concile de Latran, personne n'avait soutenu que le défaut de *denunciationes* préalables rendait le mariage nul. Cela en faisait un mariage clandestin dans un certain sens (car le droit canonique connaissait plusieurs degrés de clandestinité) et cela entraînait certaines pénalités; mais la validité n'en était pas moins assurée. Sous l'empire du concile de Trente, la question changeait d'aspect. Dorénavant, en effet, l'Église annulait les mariages proprement clandestins : elle avait établi pour la célébration du mariage des formes essentielles, ne fallait-il pas mettre au nombre de celles-ci les publications? On pouvait même soutenir que le texte impliquait cette solution, n'admettant la célébration du mariage que *præmissis denunciationibus*. Un certain nombre de docteurs raisonnaient ainsi : la présence du curé au mariage est exigée à peine de nullité; mais le concile ne lui permet de prêter cette assistance qu'après les publications; lorsque celles-ci sont omises, il n'a plus aucune autorité, il perd en quelque sorte sa qualité comme assistant nécessaire; il n'est plus qu'un simple particulier. Par conséquent le mariage est nul, n'ayant point été dûment célébré en présence du *parochus*[2].

Mais ce raisonnement ne devait pas l'emporter; deux motifs péremptoires s'y opposaient. En premier lieu, le mariage contracté sans publications était valable avant le concile de Trente; il fallait donc trouver dans le décret du concile un texte formel pour l'annuler. Ce texte formel manquait; le concile n'avait fait que reprendre, en la précisant, la pratique antérieure des bans; il n'en avait point modifié la portée. Le décret irritant les mariages clandestins vise seulement ceux célébrés hors de la présence du curé et de deux témoins.

1. Schulte et Richter, p. 467.
2. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. III, disp. V, n° 2, et les auteurs qu'il cite.

D'autre part, le concile, en permettant très largement à l'évêque l'octroi des dispenses, avait montré ouvertement qu'il ne considérait point les publications comme une formalité essentielle [1]. Dès 1587, la Congrégation du Concile adoptait cette interprétation [2].

Dans la jurisprudence des tribunaux de l'ancienne France, la question ne fut pas résolue aussi simplement. Elle se posait, il est vrai, non sur le texte du concile qui n'avait pas été reçu en France, mais sur les ordonnances qui lui avaient emprunté ses dispositions quant à la célébration du mariage : néanmoins, la difficulté juridique était la même. Ici le texte à considérer était l'article 40 de l'ordonnance de Blois de 1579 [3]. La jurisprudence qui s'établit sur ce texte décida d'abord (et cela était bien conforme à sa lettre) que le défaut de publication des bans entraînait la nullité du mariage. Cela fut jugé par un arrêt du parlement de Paris de l'année 1584 que rapporte Louet [4] et, à la suite, par beaucoup d'autres. C'était l'opinion commune à la fin du XVI^e^ siècle et au commencement du XVII^e^ [5].

Au cours du XVII^e^ siècle, cette jurisprudence changea ; mais elle ne se porta point, sans réserve, dans le sens opposé. On distingua entre les mariages des majeurs et ceux des mineurs. Pour les premiers on admit que le défaut de publication des bans n'entraînait pas la nullité ; on décida au contraire que, quand il s'agissait du mariage contracté par un mineur sans le consentement des parents, le défaut de publications suffisait pour

1. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. III, disp. V.

2. Schulte et Richter, p. 224, n° 27.

3. « Ordonnons que nos sujets, de quelque estat, qualité et condition qu'ils soient, ne pourront valablement contracter mariage sans proclamation précédente de bans faits par trois divers jours de festes, avec intervalle compétent, dont on ne pourra obtenir dispense, sinon après la première proclamation faite, et ce seulement pour quelque cause urgente et légitime, et à la réquisition des principaux et plus proches parents communs des parties contractantes ; après lesquels bans, seront épousés publiquement. »

4. Lettre M, n° 6.

5. Voyez les autorités citées dans les *Mémoires du clergé de France*, édit. 1769, tome V, col. 1117 et suiv.

le rendre clandestin et par conséquent nul[1]. Cette distinction pouvait se justifier dans une certaine mesure par le lien naturel que les canonistes avaient toujours signalé entre les mariages clandestins et les mariages contractés par des fils de famille *sine consensu parentum*. Cette jurisprudence fut un des moyens par lesquels nos pères arrivèrent à obtenir ce que le concile de Trente n'avait pas osé accorder, comme on l'a vu plus haut[2].

En laissant de côté notre jurisprudence nationale, la sanction du défaut de publications fut donc simplement après le concile de Trente ce qu'elle était avant lui : elle consista en peines et déchéances. Les peines étaient fixées par le quatrième concile de Latran[3], souvent renforcé par des statuts synodaux[4]. Quant aux déchéances un point est à relever. Le droit antérieur ne faisait pas participer les mariages clandestins à la faveur des mariages putatifs ; mais c'était une question que de savoir si l'absence des publications suffisait pour rendre, à ce point de vue spécial, le mariage clandestin. Beaucoup enseignaient l'affirmative[5], mais la négative avait aussi ses partisans[6]. Le concile de Trente n'a pas résolu la difficulté d'une façon formelle ; mais on peut dire qu'il l'a tranchée im-

1. *Mémoires du clergé de France*, tome V, col. 1119 : « On a changé cette jurisprudence peu de temps après, et l'on a prétendu que la nullité prononcée par l'ordonnance de Blois contre les mariages faits sauf cette solennité ne regarde que les mariages des enfans de famille, qui sont en la puissance des pères, mères, tuteurs ou curateurs. C'est une opinion commune que l'ord. de 1639, art. 1, lui donne cette interprétation, et même c'est un sentiment reçu dans les cours même séculières que si le mariage des enfants de famille avait été célébré du consentement de leurs parens, le défaut de publication de bans n'y seroit pas considéré comme une nullité, parce que l'esprit de l'ordonnance est d'apporter des précautions afin que les enfans de famille ne puissent pas contracter mariage sans le consentement de leurs parens. »

2. Ci-dessus, tome II, p. 169.

3. C. III, X, *De cland. desp.*, IV, 3.

4. Cette action des synodes provinciaux ou diocésains fut reconnue comme légitime, encore après le concile de Trente, mais non sans divergences d'opinions, Sanchez, *De sacr. matr.*, l. III, disp. I, nos 6, 7.

5. Glose sur c. III, X, *De cland. desp.*, IV, 3.

6. Panormit., sur c. III, X, IV, 3, no 9.

plicitement. En effet, dans le c. v du décret *de reformatione matrimonii*, il ordonne de refuser toute dispense à ceux qui contracteraient un mariage entre parents au degré prohibé, et cela quand même ils auraient été de bonne foi, s'ils n'ont pas fait procéder à la publication des bans [1]. A plus forte raison le défaut de bans doit-il suffire pour que l'on ne puisse considérer comme putatif un mariage nul [2].

Pour la période qui précède la célébration du mariage, le concile de Trente a encore édicté deux prescriptions. La première, c'est l'exhortation adressée aux époux de ne point habiter dans la même maison avant d'avoir reçu la bénédiction nuptiale, le mariage pouvant avoir été célébré valablement sans que celle-ci ait été donnée [3]. La seconde est aussi une exhortation qui leur est adressée, celle de se confesser et de recevoir la communion avant de contracter mariage, ou au moins trois jours avant la consommation du mariage [4]. Bien évidemment, d'après le texte, il y a là un simple conseil, non une règle impérative, et tel est le sentiment de Sanchez [5] qui ajoute que cela n'est contesté par personne.

1. Schulte et Richter, p. 219.

2. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. III, disp. XLII, n° 6.

3. C. I (Schulte et Richter, p. 217) : « Præterea eadem sancta synodus hortatur ut conjuges, ante benedictionem sacerdotalem in templo suscipiendam in eadem domo non cohabitent. »

4. C. I (Schulte et Richter, p. 217) : « Postremo sancta synodus conjuges hortatur ut antequam contrahant, vel saltem triduo ante matrimonii consummationem sua peccata diligenter confiteantur et ad sanctissimum eucharistiæ sacramentum pie accedant. »

5. *De sacr. matr.*, l. VII, disp. IX, n° 14 : « Atque Tridentinum sess. XXIV, *De matr.* c. I, solum hortatur ad confessionem et communionem præmittendam. Et hoc nemo negat. Quia solum eucharistiæ sacramentum præmitti confessionem mortalium peccatorum postulat; cætera autem solam contritionem, vel attritionem bona fide contritionem æstimatam, quo digne recipiantur. Si autem matrimonium jam initum sit, nulla est culpa suscipere benedictiones in mortali; quia eæ non sunt sacramentum. » — Sur cette question, et pour les rituels de l'ancienne France, voyez *Conférences ecclésiastiques de Paris*, tome I, pp. 96, 97. — Pour le temps présent, voyez Feise, *De impedimentis et dispensationibus matrimonialibus*, 3e édit., Lov, 1885 nos 276, 277.

IV

Nous arrivons aux prescriptions du concile concernant la célébration même du mariage. Il doit être contracté en présence du curé (*parochus*), ou d'un autre prêtre qui aura obtenu la permission du curé ou de l'ordinaire, et de deux ou trois témoins. Ce sont là des formalités essentielles; tout mariage autrement contracté est déclaré nul, et la *clandestinitas* ainsi entendue est devenue par là même un empêchement dirimant[1]. Cette disposition fondamentale, complétée par quelques autres dispositions accessoires, a été fixée et développée par un travail d'interprétation dont il faut signaler les principaux résultats.

Le *parochus* dont le concile exige la présence est l'ecclésiastique préposé à une paroisse, à quelque titre d'ailleurs que cela soit[2]. Mais il ne suffit pas d'un *parochus* quelconque; il faut le *proprius parochus* des conjoints; cela résulte de divers passages, bien que le décret irritant lui-même n'en contienne pas la mention expresse. Si les conjoints appartiennent à des paroisses différentes, les deux curés sont également compétents pour la célébration du mariage. Chacun d'eux étant compétent par rapport à l'un des époux, l'est également par rapport à l'autre, parce qu'il s'agit ici d'un acte indivisible[3]. Il faut ajouter que, pour que la compétence du propre curé soit fondée, il n'est pas nécessaire que le mariage soit célébré dans sa paroisse, Le curé de la fiancée pourrait valablement

1. C. 1 (Schulte et Richter, p. 217) : « Qui aliter quam præsente parocho vel alio sacerdote de ipsius parochi vel ordinarii licentia, et duobus vel tribus testibus matrimonium contrahere attentabunt, eos sancta synodus ad sic contrahendum omnino inhabiles reddit, et hujusmodi contractus irritos et nullos esse decernit, prout præsenti decreto irritos facit et annullat. »

2. Sanchez, l. III, disp. XXXI, : « Non tantum parochi proprietarii qui habent beneficium parochiale, sed parochi delegati, quos episcopi constituunt et ad nutum amovere possunt, et vice curati instituti a parochis proprietariis. »

3. Sanchez, l. III, disp. XIX, nº 2; Décision de la Congrégation du Concile, dans Schulte et Richter, p. 227, nº 43.

intervenir dans la paroisse du fiancé et à l'inverse; les deux curés pourraient procéder à la célébration en dehors de leur diocèse : leur compétence est personnelle et non territoriale. Cela vient de ce que les canonistes ne considèrent point l'intervention du propre curé comme un acte de juridiction de sa part, mais comme l'assistance d'un témoin spécial. Tout au plus, aurait-on pu voir là un acte de juridiction gracieuse, n'exigeant aucune *causæ cognitio*; or les légistes et les canonistes admettaient unanimement que le juge pouvait faire des actes semblables en dehors de son territoire [1]. Enfin on ajoutait à cela un argument tiré d'une comparaison souvent utilisée en cette matière. On rapprochait sans cesse les pouvoirs du *parochus*, quant au mariage de ses paroissiens, du droit qu'il avait de recevoir leur confession; or tous reconnaissaient qu'ils pouvaient recevoir celle-ci hors de la paroisse ou même du diocèse [2].

Mais, quel est au juste le propre curé de chacun des époux? Pour le déterminer, les canonistes utilisèrent en les combinant deux théories : 1° La théorie du domicile et de la résidence, telle que les légistes et les canonistes l'avaient établie en commentant et en développant les textes du droit romain; 2° La théorie toute particulière qui avait été construite sur un texte célèbre (le c. *Omnis*, X, *De pœnitentiis*) [3], pour déterminer le curé paroissial auquel chaque fidèle devait se confesser au moins une fois l'an.

Le droit romain, ou plutôt les commentateurs de ce droit, distinguaient, quant au rapport légal qui pouvait exister entre

1. L. 2, D., *De off. proc.*, I, 15; glose sur c. v, VI, *De off. ord.*, I, 16.

2. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. III, disp. XIX, nos 7-14; et l. III, disp. XXIII, no 10 : « Præmittendum est eum dici proprium parochum ad conjungendum aliquos matrimonio aliique licentiam conjungendi concedendam qui c. XII, X, *De pœnit. et remiss.*, V, 38, appellatur proprius sacerdos ad audiendas confessiones et dandam absolutionem. Probo quia sicut in Trident. sess. XXIV, c. I, *De matr.*, petitur ut assistat proprius parochus vel alius sacerdos de ejus commissione, ita dictum c. *Omnis* ut proprius sacerdos excipiat confessiones, vel alius de ejus licentia : ergo idem est parochus de quo Tridentium loquitur et proprius sacerdos de quo meminit dictum c. *Omnis*. »

3. C. XII, X, *De pœnit.*, V, 38.

une personne et un certain lieu, le domicile d'origine, le domicile réel, et l'*habitatio* ou résidence. Le domicile d'origine était déterminé et acquis par le fait de la naissance; il était pour chaque personne au lieu où son père était domicilié quand elle était née, s'il s'agissait d'un enfant légitime; au lieu où était alors domiciliée la mère, s'il s'agissait d'un enfant naturel. Ce domicile était nécessairement unique et immuable [1]. Le *domicilium habitationis*, ou domicile réel, se trouvait au lieu où une personne transportait sa résidence avec l'intention d'y habiter dorénavant et indéfiniment. Ce domicile, qui existait dès lors, pouvait être changé; il fallait pour cela à la fois un changement de volonté et un changement effectif de résidence [2]. Enfin l'*habitatio* ou résidence existait au lieu où l'on s'établissait, non point à perpétuelle demeure, mais seulement pour un certain temps, pour une affaire déterminée.

Cela étant, pour déterminer quant au mariage le *proprius parochus* de chacun des conjoints, deux points peuvent être considérés comme certains.

Premièrement le curé du *domicilium originis* n'a pas compétence, en cette seule qualité, pour célébrer le mariage. Il est en effet admis qu'au point de vue religieux la paroisse et le diocèse d'un fidèle ne se trouvent que là où est son *domicilium habitationis* [3] : lorsque le droit canonique veut exceptionellement conférer certains pouvoirs au curé du *domicilium originis*, il en fait une disposition expresse et formelle [4]. Cela résulte également d'une décision du concile de Trente; celui-

1. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. III, disp. XXIII, n° 3.

2. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. III, disp. XXIII, n^{os} 2, 4.

3. Glose sur c. XI, VI, *De rescrip.*, I, 3, v^{is} *Unam dietam* : « Satis videtur de mente conditoris esse, quod habeatur respectus loci domicilii, non rei vel originis... Notat etiam Compostellanus... quod diœcesanus alicujus, ubi aliud non additur, intelligi debet diœcesanus domicilii, et sic disputavi et determinavi, et sic servat curia Romana ut audivi. »

4. C. III, VI, *De temp. ord.*, I, 9., et la glose v^{is} *Cum nullus* : « Episcopus originis, domicilii, vel ecclesiastici beneficii commendatitias ad ordines dare potest. »

ci a statué, comme on le verra plus loin, sur le mariage des *vagi*, c'est-à-dire de ceux qui n'ont pas de domicile réel, et il ne les a pas renvoyés au curé de leur *domicilium originis*[1].

Le second point certain, c'est que le curé du *domicilium habitationis* est toujours compétent, sans autre condition : il l'est, alors même que ce domicile, qui s'acquiert instantanément, existerait depuis fort peu de temps[2], sauf la précaution indiquée ci-dessus quant à la publication des bans[3].

Reste la question de savoir si le mariage peut être contracté devant le curé du lieu où l'un des conjoints a une simple *habitatio* : elle a soulevé des difficultés et des doutes. Certains ne voulaient jamais lui reconnaître compétence[4]. Mais d'autres distinguèrent entre une simple résidence accidentelle et transitoire et une résidence destinée à se prolonger pendant un certain temps, d'une manière normale et prévue. On admit que, dans ce dernier cas, le résident devenait, quant au mariage, le paroissien du curé du lieu; et c'est l'opinion qui prévalut. C'est ainsi en effet qu'au point de vue de la confession annuelle les docteurs entendaient le *proprius parochus* dans l'interprétation du c. *Omnis*[5]. En vertu de cette interprétation, peuvent se marier devant le curé de leur simple résidence : les étudiants, les domestiques, les ouvriers, ceux qui se réfugient dans une ville à raison d'une épidémie qui sévit au lieu de leur domicile[6].

1. C. VII (Schulte et Richter, p. 219); Sanchez, *De sacr. matr.*, l. III, disp XXIII, n° 7.

2. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. III, disp. XXIV, n^{os} 14, 15.

3. Ci-dessus, tome II, page 171.

4. Sanchez, *De sacr. matr.* l. III, disp. XXIII, n° 11, et les auteurs cités par lui.

5. Glose sur Clément, I, *De privileg.*, V, 7; Panormit., sur c. XIII, X, *de for comp.*, II, 2, n° 29.

6. Sanchez, *De sacr. matr.*, III, disp. XXIII, n° 12 : « Secunda sententia docet acquiri parochiam ratione habitationis, quando ea brevis temporis non est, ut si in oppidum quis se recipit causa alicujus negocii expediendi, ut eo expedito ad proprium domicilium redeat. Ut adquirunt scholastici in loco studii, famuli et mercenarii non ad breve tempus locantes opera in domo heri, et ii qui causa pestis aut belli aliquo confugiunt. »

La doctrine allait plus loin encore et arrivait à cette conclusion que la qualité de paroissien, quant au mariage, s'acquiert par le seul fait de la simple résidence continuée pendant l'année ou durant la plus grande partie de l'année [1].

Les décisions de la Congrégation du Concile sont dans ce sens et sont animées d'un esprit très large. Si elle décide qu'un habitant de la ville ne peut pas se marier à la campagne, où il va pour son plaisir faire un court séjour [2], d'autre part elle admet que les servantes peuvent contracter mariage devant le curé du lieu où elles servent [3]; elle paraît même se contenter, dans certaines hypothèses, pour donner compétence au curé du lieu, d'un séjour d'un ou deux mois. [4].

Si la qualité de *proprius parochus* ainsi entendue est nécessaire pour la validité du mariage, d'autre part elle est suffisante. Le mariage n'en est pas moins valable quand le *parochus* serait excommunié, suspendu, *irregularis*, même non *toleratus* [5]; car, d'un côté, celui-ci est toujours *parochus*, d'autre part, en assistant au mariage, il fait acte de présence et non de juridiction. Cela nous amène à examiner quel rôle joue le propre curé dans la célébration.

V

Le concile ordonne au prêtre d'interroger les fiancés pour

1. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. III, disp. XXIV, n° 12; Feije, *De impedimentis* n° 213.

2. Schulte et Richter, p. 226, n° 33.

3. Schulte et Richter, p. 228, n° 45.

4. Schulte et Richter, p. 226, 227, n^{os} 34 et 42. — Cf. Feije, *De impedimentis et dispensationibus matrimonialibus*, tertia edit. Lovani, 1885, n^{os} 210 et suiv.; spécialement les décisions citées p. 134, note 5. — Quelques-uns ont même voulu établir, sur quelques décisions favorables de la Congrégation, une doctrine ferme, d'après laquelle il suffirait d'un mois de résidence pour rendre le curé du lieu compétent, quel que fût d'ailleurs le caractère de cette résidence, alors même qu'elle n'aurait pour but que de permettre de contracter plus aisément mariage. Mais cela paraît peu juridique, Feije, n^{os} 219 et suiv.

5. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. III, disp. XXI, n° 4 : « Excommunicatus, suspensus, vel irregularis, dum parochia non privatur, manet in possessione, et verus parochus est. »

s'assurer de leur consentement, et de prononcer certaines paroles constatant le mariage contracté [1]. Le décret de réforme veut aussi, dans une partie ultérieure, que la bénédiction nuptiale soit donnée par lui aux époux [2]. Mais l'importance juridique de ces divers actes ou formalités est nulle en ce qui concerne la validité du mariage.

Pour ce qui est de la bénédiction, elle n'est point essentielle à la validité : c'est un point incontesté. L'opinion contraire produite au concile ne fut point adoptée par lui, et le décret ne parle de la bénédiction qu'après avoir mentionné la célébration du mariage; il suppose même qu'un intervalle de temps peut les séparer.

Il en est de même, bien que le contraire ait été soutenu [3], des interrogations adressées par le curé et des paroles prononcées par lui : le seul fait que ces dernières peuvent varier, selon l'usage des différentes églises, montre qu'elles ne sont point essentielles.

Il résulte de là que le concile a maintenu la doctrine traditionnelle d'après laquelle les contractants eux-mêmes, et non le prêtre, sont les ministres du sacrement de mariage et c'est ce que reconnaît la Congrégation du Concile [4]. Il en résulte aussi, au point de vue juridique, qu'il n'est pas nécessaire que le prêtre joue un rôle actif dans l'acte de la célébration. Le décret irritant exige seulement sa présence, ainsi que celle de deux témoins, pour la validité du mariage. Il suffit qu'il soit spectateur, ou plutôt il est lui-même un témoin, *testis specta-*

1. C. 1 (Schulte et Richter, p. 217) : « Quibus denunciationibus factis, si nullum legitimum opponatur impedimentum, ad celebrationem matrimonii in facie Ecclesiæ procedatur, ubi parochus, viro et muliere interrogatis, et eorum mutuo consensu intellecto, vel dicat : Ego vos in matrimonium conjungo in nomine Patris, et Filii et Spiritus Sancti, vel aliis utatur verbis, juxta receptum uniuscujusque provinciæ ritum. »

2. C. 1 (Schulte et Richter, p. 247) : « Statuitque benedictionem a proprio parocho fieri. »

3. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. III, disp. XXXVIII, n° 2.

4. Schulte et Richter, p. 229, n° 49 : « Quod parochus in matrimonium nullam exerceat jurisdictionem, cum ex veriori et receptiori sententia non sit minister magni hujus sacramenti. »

bilis, dit la Congrégation du Concile [1]. C'est d'ailleurs ce qui se dégage avec la plus grande netteté des travaux préparatoires. Nous avont vu que le premier projet n'exigeait pas la présence du curé, mais seulement celle de trois témoins; puis, dans la discussion, la proposition fut faite que le prêtre fût nécessairement l'un des témoins; cette proposition plut à beaucoup et fut adoptée.

Si la présence du prêtre est suffisante, il ne suffit point cependant qu'elle soit purement matérielle; elle doit être *humana et moralis*. Il faut que le prêtre sache qu'il a devant lui un homme et une femme dont il puisse constater l'identité; il faut qu'il constate aussi que, par des paroles ou des signes équivalents, ils ont échangé devant lui le consentement nécessaire pour le mariage [2]. Mais, cela étant, peu importe comment les contractants se procurent la présence du curé. Qu'ils le prennent par surprise, accompagnés de leurs témoins, — qu'ils le retiennent par violence, — qu'ils l'amènent chez eux par dol en simulant qu'il va être procédé à un autre acte : le mariage est toujours valable, pourvu qu'ils aient prononcé devant le *parochus* les paroles du consentement, et que celui-ci ait pu les entendre. A cet égard, les décisions de la Congrégation du Concile sont formelles; et elle a reconnu parfois comme valides les mariages contractés de la façon la plus romanesque et la plus bizarre [3]. Dans cette jurisprudence et cette interprétation reparaît l'esprit traditionnel de l'Église, qui favorise, autant que possible, la conclusion des mariages.

Les diverses attributions que le concile de Trente confère, quant au mariage, au *proprius parochus* ne sont pas nécessairement exercées par lui; elles peuvent l'être aussi par un autre ecclésiastique qui le remplace. Mais il faut alors que le remplaçant soit *sacerdos* et qu'il ait reçu une délégation valable, *licentia* [4]. Le pouvoir de délégation appartient à deux personnes :

1. Schulte et Richter, p. 229, n° 49.
2. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. III, disp. XXXIX.
3. Schulte et Richter, n^{os} 63, 64, 65, 66, 67, p. 234 et 235.
4. *Licentia* est le terme technique employé par le concile; il s'est conservé dans la *licence* du droit anglais.

au *proprius parochus* lui-même, et à l'ordinaire [1], c'est-à-dire à l'évêque dans le diocèse duquel se trouve la paroisse des conjoints. L'évêque ayant ainsi le pouvoir de donner la *licentia conjungendi*, on en conclut très justement qu'il pourrait se substituer directement au curé et célébrer le mariage en personne [2]. L'archevêque, dans la province duquel est situé le diocèse des conjoints, a-t-il également le pouvoir de délégation? Non, car il n'est pas leur ordinaire et n'a directement sur eux que des pouvoirs tout à fait exceptionnels[3]. Seulement, Sanchez admet que, sur le refus de l'évêque d'accorder la *licentia* ou de procéder lui-même à la célébration, l'appel peut être interjeté devant l'archevêque, et que celui-ci devient alors compétent. Mais ce droit ne lui appartiendrait que lorsque la sentence rendue par lui sur l'appel serait elle-même devenue définitive. Le légat du pape possède les mêmes pouvoirs que l'évêque dans la province à laquelle il a été commis ; car il y est lui-même *ordinarius* [4].

Sur l'exercice du pouvoir de délégation, les canonistes examinent diverses questions peu pratiques, mais intéressantes au point de vue juridique. Comme il s'agit là d'un acte de volonté et même de juridiction de la part du *parochus* et de l'*ordinarius*, on ne peut lui appliquer ce que l'on décide quant à la présence du curé au mariage. La *licentia* obtenue par violence et par dol est nulle, et nul par conséquent tout ce qui s'ensuit [5].

1. C. I (Schulte et Richter, p. 247) : « Qui aliter quam præsente parocho vel alio sacerdote de ipsius parochi vel ordinarii licentia... contrahere attentabunt. » — « Statuitque benedictionem a proprio parocho fieri neque a quoquam nisi ab ipso parocho vel ab ordinario licentiam ad prædictam benedictionem faciendam concedi posse. »

2. Quant au pouvoir des vicaires de l'évêque, voyez Sanchez, *De sacr. matr.* l. III, disp. XXIX et suiv.

3. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. III, disp. XXVIII, n° 3 : « Non est enim ordinarius ipsorum, nec habet jurisdictionem nisi in causis devolutis per appellationem ad eum et in aliis casibus singularibus. » — Cf. c. XI, X, *De off. jud. ord.*, I, 31, et la glose.

4. C. II, VI, *De off. leg.*, I, 15.

5. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. III, disp. XXIX, nos 13 et suiv. Voyez cependant Feije, *De impedimentis*, n° 297, p. 186.

Il est une classe de personnes auxquelles ne peuvent s'appliquer exactement les dispositions que nous avons étudiées : ce sont les vagabonds, *vagi*, ceux qui n'ont aucun domicile fixe. Pour ceux-là, quel est le curé compétent quant au mariage? Si un *vagus* épouse une personne domiciliée, le curé de cette dernière a évidemment compétence; mais il peut se faire que les deux conjoints soient *vagi*, et alors reparaît la difficulté. On ne saurait prétendre qu'il faille prendre en considération le *domicilium originis* du *vagus*; outre que ce domicile serait lui-même le plus souvent difficile ou impossible à retrouver, nous savons qu'il ne confère jamais compétence au curé quant au mariage. Mais alors deux solutions seulement peuvent se concevoir. Ou bien il faut dire qu'aucun *parochus* n'est compétent pour célébrer le mariage de deux *vagi* : mais ce serait déclarer un tel mariage impossible. Ou l'on doit déclarer que tout *parochus* est compétent, car il n'y a pas de raison pour préférer l'un aux autres. Cette dernière solution est celle qu'on donnait déjà pour la confession annuelle et obligatoire des *vagi*; c'est elle qui a prévalu quant à leur mariage [1]. Le concile de Trente l'a implicitement adoptée. Il réglemente le mariage des *vagi*, mais seulement pour prendre des précautions contre lui, pour le rendre plus difficile, les bigamies étant ici fort à craindre. Dans les prescriptions qu'il édicte à cet égard, il s'adresse à tous les *parochi*, sans en désigner quelques-uns comme spécialement compétents. Il ne leur permet de célébrer de semblables mariages qu'à deux conditions : ils devront se livrer à une enquête et ils devront demander et obtenir préalablement l'autorisation de l'*ordinarius* [2]. Ces précautions doivent être considérées comme nécessaires, alors même qu'un seul des conjoints est *vagus* [3]. D'ailleurs, si elles étaient omises, le mariage célébré

1. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. III, disp. XXV, n° 5 et suiv.

2. C. VII (Schulte et Richter, p. 219) : « Parochis autem præcipit ne illorum matrimoniis intersint, nisi prius diligentem inquisitionem fecerint et re ad ordinarium delata ab eo licentiam id faciendi obtinuerint. »

3. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. III, disp. XXV, n° 9.

devant un curé et deux témoins n'en serait pas moins valable; à ce point de vue la condition du *vagus* est même plus favorable que celle des domiciliés, tout curé étant considéré comme son *proprius parochus*.

VI

Outre la présence du prêtre, le concile de Trente exige pour la validité du mariage la présence de deux témoins au moins. Ce nombre est celui qu'exige le droit canonique pour que la preuve testimoniale soit acquise; ce n'est pourtant pas ici de preuve qu'il s'agit, mais de publicité et de solennité. Le projet primitif exigeait trois témoins, et c'est bien en réalité le chiffre qui a été maintenu, seulement le curé a pris la place de l'un d'eux. Un mariage célébré devant le *parochus* et un seul témoin pourrait très exactement être prouvé d'après les règles de la preuve testimoniale; il n'en est pas moins nul [1].

Quelles qualités doivent avoir ces deux témoins? Faut-il que ce soient des témoins qui, s'ils étaient produits en justice, ne pourraient être écartés par aucun reproche, *omni exceptione majores*? En ce cas, cela exclurait bien des personnes, car le droit canonique repousse un grand nombre de témoins : *excommunicati*, *infames*, *parentes*, *consanguinei*, *servi*, *familiares*, *feminæ* [2]. On aurait pu, semble-t-il, soutenir cette opinion à raison même de la gravité des intérêts engagés. Un texte, au point de vue de la preuve, il est vrai, exige, pour prononcer la nullité du mariage à raison de la parenté, des témoins *omni exceptione majores* [3]; et, avant le concile de Trente, Covarruvias professait ce principe pour toutes les causes matrimoniales [4]; cependant on admettait, dit-il, les femmes à té-

1. Décision de la Congrégation, dans Schulte et Richter, p. 227, nº 40.
2. Sanchez, *De sacr. matr.*, I, p. 230.
3. C. I, X, *De consang.*, IV, 14.
4. *De matr.*, *pars II*, c. VIII, § 12, nº 18 (*Opera*, tome I, p. 234) et les auteurs qu'il cite.

moigner en matière de mariage, et les *consanguinei* étaient également admis en vertu de textes formels[1]. Dans la discussion au concile de Trente, plusieurs Pères appliquèrent cela aux témoins du mariage, tels qu'on se proposait de les exiger[2].

Malgré cela, l'opinion qui prévalut, c'est qu'il suffit de deux témoins quelconques[3]. La principale raison juridique, c'est qu'il s'agit non d'une question de preuve, mais d'une question de solennité. Les témoins sont simplement instrumentaires, *appositi instrumento ex communi contrahentium consensu*. Or, dans ce cas, les légistes et les canonistes se départaient des exigences qu'ils professaient quant à la preuve testimoniale[4]. On peut ajouter que, quand il s'agissait d'établir en justice non la nullité, mais au contraire la conclusion du mariage, traditionnellement le droit canonique se montrait moins exigeant quant à la qualité des témoins. Enfin la raison véritable et profonde fut la faveur du mariage, le vieil esprit du droit canonique. Avant le concile de Trente, on admettait la validité du mariage sans aucune forme ; on réduisit autant que possible les formalités exigées dorénavant par le concile pour la validité.

Toute personne est donc capable en droit de servir de témoin à un mariage ; aucune condition d'âge ni de sexe n'est exigée ; les femmes et les mineurs sont admis comme les hommes et les majeurs, les non-catholiques comme les catholiques. Mais il faut que leur présence, comme celle du

1. Ci-dessus, tome I, pp. 196 et 410.

2. *Tortoniensis* (Theiner, *Acta*) II, p. 320 : « Dicatur quod tres testes sint fide digni et inter eos sit unus sacerdos aut notarius. » — *Parisiensis*, ibid. : « Quod testes sint legitimi et unus eorum sit parochus. » — *Auriensis*, 324-5 : « Testes sint cives ejusdem loci. » — *Senonensis*, II, 345 : « In decreto *de clandestinis* testes sint omni exceptione majores, et exprimatur quod ad minus sint tres testes vel duo. »

3. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. III, disp. XLII, n° 5.

4. *Nov.* 90, c. IV ; et la glose, v° *Et suppliciis* : « Innuit, quod non fide dignus, ex quo est rogatus, creditur ei sine tormentis alias non. » — *Additio* : « Rogato testi ab utraque parte non potest infamia opponi ; licet alias vilissimi et non fide digni testimonium non probet. Bald. in c. *In nomine*, X, *De testib.*, n° 9. »

curé, soit *humana et moralis*. Il faut qu'ils aient l'usage de leurs sens et de leur raison, qu'ils comprennent ce qui se passe et constatent le consentement nécessaire pour le mariage : un mariage célébré devant deux personnes complètement ivres ou devant deux petits enfants serait radicalement nul [1]. Cela est nécessaire, mais suffisant ; peu importe la manière dont les contractants se procureront les témoins, qu'ils les aient amenés par force ou par dol. Il n'est pas non plus nécessaire que les témoins aient été spécialement amenés pour assister au mariage ; on pourrait aussi bien les prendre au passage. On se demande seulement s'il faut qu'ils aient été requis, *rogati*, par les contractants [2].

VII

Le droit canonique ancien n'avait point organisé pour le mariage une preuve spéciale et adéquate. Nous avons vu plus haut [3] combien c'était là une matière difficile et compliquée. En fait, les curés n'avaient pas l'habitude de tenir registre des mariages célébrés *in facie Ecclesiæ* ; en droit, il était fort douteux que de semblables registres fissent preuve. Le concile de Trente contient sur ce sujet cette seule disposition très simple et très importante : « Que le curé ait un livre dans lequel il enregistrera les noms des conjoints et des témoins, le jour et le lieu où le mariage a été contracté, et qu'il garde soigneusement ce livre chez lui [4]. » Cette pres-

1. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. III, dis. XXXIX, n° 1 : « Quæ ultra physicam addit usum rationis et advertentiam : itaque exigitur ut rationis usum habeant et intelligant consensum utriusque contrahentis. Unde si essent ebrii vel dormientes, vel non adverterent, vel testes essent infantes, non valeret matrimonium. »

2. Voyez en sens divers : Glose sur c. xv, C. III, qu. 9, v° *Audiverunt* (celle-ci, bien entendu, ne parle que des témoins instrumentaires en général) ; Sanchez, *De sacr. matr.*, l. III, disp. XLII, n^os^ 5 et suiv.

3. Tome I, page 189 et suiv.

4. C. 1 (*De reform. matr.*), Schulte et Richter, p. 217 : « Habeat parochus librum, in quo conjugum et testium nomina diemque et locum contracti matrimonii describat, quem diligenter apud se custodiat. »

cription notable paraît avoir été proposée par l'évêque de Jaen lors de la seconde lecture [1]. Elle ne figurait ni dans le premier projet ni dans les *articuli primo reformati* [2], et elle n'apparaît que dans la troisième rédaction [3]. Je ne vois pas qu'elle ait donné lieu à aucune discussion. En quoi a-t-elle modifié le droit antérieur?

Il faut d'abord tenir pour certain que ces registres dorénavant font pleinement foi et preuve, *jure canonico* : ils sont en effet rédigés par une personne ayant reçu du supérieur qualité à cet effet [4]. Cependant des auteurs se sont demandé s'il ne fallait pas pour cela que le curé s'adjoignît un *notarius* [5]. Mais il faut également tenir pour certain que la preuve par ces registres n'a point eu pour effet d'exclure, quant au mariage, les autres modes de preuve précédemment admis. La preuve par témoins et par la commune renommée et la possession d'état restent ouvertes comme par le passé : le concile a ajouté une nouvelle ressource, sans supprimer les anciennes. Cet état de droit, qui est encore aujourd'hui celui de l'Angleterre [6], n'est pas en soi très satisfaisant; je dirai plus loin comment il fut heureusement modifié dans l'ancienne France.

VIII

Le concile de Trente, par les diverses prescriptions que je

1. *Genuensis* (Theiner, *Acta*), II, 343 : « Mandetur ut parochus habeat librum in quo nomina baptizatorum et contrahentium describantur. »

2. Theiner, *Acta*, II, 335.

3. Theiner, *Acta*, II, 388.

4. Cf. Innocent IV, sur c. 1, X, *De procur.*, I, 38.

5. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. II, disp. XV, n° 22 : « Quod præceptum, quia tendit ad finem vitandi lites et ut Ecclesiæ constet de matrimonio, obligat sub culpa lethali... Quando autem aliquis de licentia ordinarii assistit matrimonio tenetur parochum admonere ut scribat in libro, ut servetur prædictum Tridentini decretum. Non tamen requiritur aliqua notarii subscriptio, sed satis est simplex parochi, quia eam solam petit Tridentinum. » — Cf., *ibid.*, l. III, disp. XLII, n° 5.

6. Browne : *Divorce and matrimonial causes*; édit. 1880, p. 290 et suiv.; Stephen, *Digest of evidence*, édit. 1877, art. 50 et suiv.

viens d'étudier, avait profondément modifié le droit ancien du mariage. Cependant, une seule de ces prescriptions avait une importance capitale, celle qui ordonnait la célébration du mariage en présence du propre curé et de deux témoins : celle-là en effet entraînait seule, quand elle était violée, la nullité du mariage; les autres n'avaient pour sanction que des pénalités contre les contrevenants [1]. Mais il ne faudrait point croire que le concile, quant aux points qu'il avait ainsi retouchés, supprimât complètement l'application du droit ancien. Tous les mariages des chrétiens n'étaient point soumis à ces prescriptions nouvelles; et ceux qui y échappaient restaient par là même sous l'empire de la législation antérieure.

En vertu d'une clause formelle contenue dans le chapitre 1er du *decretum de reformatione matrimonii*, les dispositions que ce chapitre comprenait ne devaient entrer en vigueur qu'autant qu'elles auraient été publiées dans chaque paroisse et trente jours après cette publication [2]. Cette clause, s'il faut en croire des témoignages considérables, aurait été introduite comme un ménagement à l'égard des protestants; on retardait et l'on divisait l'application locale du décret [3]. Or, par suite de circonstances historiques diverses, cette publication n'a pas été faite dans un assez grand nombre de régions habitées par des catholiques ou des protestants [4]. Dans ces pays, il est admis

1. C. 1 (Schulte et Richter, p. 217).

2. C. 1 (Schulte et Richter, p. 217) : « Decernit insuper ut hujusmodi decretum in unaquaque parochia suum robur post triginta dies habere incipiat, a die primæ publicationis in eadem parochia factæ numerandos. »

3. Bened. XIV, *De synodo diœcesana*, l. VI, ch. VI, n° 9 : « Quæ quidem conditio (si fides habenda cardinali Pallaviciuo, in historia concilii lib. XXII, c. VIII, num. 10, ut certe habenda est) idcirco adjecta fuit, quia, absque illa, magnus heterodoxorum querimoniis campus apertus foret, eoque magis aucta fuisset eorum aversio a concilio, dum, illius decreti vigore, uxores suas pro concubinis haberi suosque liberos illegitimos declarari doluissent : siquidem nunquam futurum erat, idque Patres ignorare non poterant, ut novum decretum ab illis acciperetur. »

4. Les auteurs catholiques contemporains déclarent qu'il est presque impossible de fournir une liste exacte et complète des pays où le décret a été régulièrement publié. Feije, *De impedimentis*, n° 320, p. 203 : « Elenchus locorum, in quibus lex Tridentina aut neminem aut solos catholicos aut

que le droit canonique du mariage est resté ce qu'il était avant le concile de Trente; les mariages contractés *solo consensu*, les mariages clandestins ont conservé toute leur force. Par suite, le mariage contracté là par deux chrétiens simplement devant un magistrat séculier est parfait et valable *iure canonico* [1].

D'ailleurs, pour que le décret soit considéré comme entré en vigueur dans une paroisse, il n'est pas absolument nécessaire qu'il ait été publié dans la forme prescrite par le concile. On considère comme équivalent et suffisant le fait que les prescriptions du concile sur la célébration du mariage y ont été depuis longtemps communément et régulièrement observées [2]; seulement, tous les canonistes ne s'accordent pas quant au principe sur lequel il faut faire reposer cette règle. Pour les uns, cette pratique constante rend le décret applicable parce qu'il en résulte la présomption *juris et de jure* qu'il a été publié dans la paroisse. Pour les autres, la longue observance représente par elle-même un mode de promulgation du décret, équivalent à la publication [3].

acatholicos etiam obligat ad amussim confici nequit. » Voyez cependant les relevés très soigneusement faits par Perrone, *De matr. christ.*, II, p. 265 et suiv.; et par Feije lui-même, nos 320 et suiv. — Sur la théorie de la publication du décret *de clandestinis*, voyez : Leinz, *die Ehevorschrift des Concils von Trient; Ausdehnung und heutige Getlung*. Freiburg, 1888. — R. von Salis, *die Publikation des Tridentinischen Rechts der Eheschliessung*. Basel, 1888.

1. Sanchez, III, 18, n° 1 : « Præmittendum est, in aliquibus christianorum provinciis decretum Trident. non fuisse promulgatum aut receptum, ut in quibusdam Galliæ partibus, et in Polonia : in quibus locis, si matrimonium contrahatur absque parocho et testibus ab illorum locorum incolis, dum in illis habitant, certum est esse validum. » Cf. *Conférences ecclésiastiques*, tome III, p. 204, 207. — Feije, *De impedimentis*, nos 301, 310 et suiv.

2. Braun, *die Verhandlunden des heiligen Stuhls über die Verbindlichkeit des Tridentinischen Eheschliessung Dekret für die katholischen Ehen zu Frankfurt am Mein und Bornheim* (*Archiv für katholisches Kirchenrecht*, 1889, t. LXIII).

3. Voyez dans ce sens le *votum consultoris* dans l'affaire suivie devant la Congrégation du Concile et rapportée par M. Braun, *op. cit.*, p. 143 : « Promulgatio capitis Tridentini ex diuturna praxi et observantia non tantum præsumitur, idque præsumptione juris et de jure, verum etiam ipsa praxi et consuetudine promulgatio ipsius capitis fieri potest. » — Cf. Carrière, *De matrimonio*, Paris, 1837, tome II, n° 1181.

Cet état de fait et de droit fait naître une question délicate. Supposons qu'une personne, domiciliée dans un pays où le décret a été publié[1], veuille contracter mariage dans une région où il ne l'a pas été : devra-t-elle de toute nécessité contracter en présence d'un prêtre et de deux témoins satisfaisant aux prescriptions du concile de Trente, ou, au contraire, pourra-t-elle, *ratione loci*, contracter selon le droit ancien? Les *Conférences de Paris* donnent, d'après Estius, comme une règle certaine que la personne en question ne pourra valablement contracter mariage qu'en se conformant au concile; mais Sanchez, qui se rallie à l'opinion contraire, montre bien que la difficulté est sérieuse et qu'elle doit se résoudre par les principes qui dominent le conflit des lois en droit international privé.

Pour admettre que la prohibition édictée dans le décret suit les catholiques dans un pays où le décret n'a pas été dûment publié, il faut considérer cette règle comme comprise dans le statut personnel. Il y a un argument assez fort dans ce sens. Le concile, nous le savons, a annulé les mariages clandestins au moyen de l'*inhabilitatio personarum*, en créant une incapacité. Or les règles de cette nature suivent partout où il va celui qui y est soumis : telle est la solution donnée par notre code civil; telle était déjà, au XVI^e^ siècle, l'opinion commune des docteurs[2].

La solution contraire se fonde sur ce que la règle qu'a établie le concile est en réalité une règle de forme; sans doute elle se formule par une incapacité; mais cela n'a été qu'un détour

1. Suffit-il pour que la question se pose d'un simple *domicilium originis* dans un tel pays? Les *Conférences de Paris* enseignent l'affirmative, tome III, p. 208; mais Sanchez, avec un sens juridique bien plus sûr, décide que non, le seul *domicilium habitationis* étant à considérer quant au mariage; *De sacr. matr.*, l. III, disp. XVIII, n° 24.

2. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. III, disp. XVIII, n° 27 : « Confirmatur quia Tridentinum irritat clandestina redditque ipsas personas inhabiles ad ita contrahendum, sed inhabilitas afficiens personam, cum sit quid personale, comitatur personam quocumque euntem : ergo semel propter legitimam Tridentini publicationem redditus inhabilis ad clam contrahendum, nullibi terrarum poterit ita contrahere. »

employé pour calmer des scrupules théologiques. Or c'est encore l'un des axiomes du droit international que, pour la forme des actes, il faut suivre la loi du lieu où ils sont passés : *locus regit actum* [1]. Si cependant il y avait fraude à la loi, si la personne dont il s'agit ne s'était transportée dans le nouveau lieu que pour se soustraire aux prescriptions du concile, le mariage serait nul [2].

D'après le principe qu'on adoptera sur cette difficulté, on résoudra, dans un sens ou dans l'autre, la question inverse, à savoir : les personnes domiciliées dans un pays où le décret n'oblige pas, faute de publication, doivent-elles respecter ses prescriptions lorsqu'elles contractent dans un pays où il a été promulgué?

J'ai reproduit sur cette question la doctrine de Sanchez, qui est vraiment juridique. Les canonistes et la jurisprudence du temps présent professent une doctrine moins ferme et moins nette, hérissée de distinctions minutieuses [3]. Cependant il s'en dégage un point fixe, c'est que, lorsqu'une des parties contractantes, ou toutes deux ont acquis un *quasi domicilium*, quant au mariage, par une résidence d'au moins six mois dans un pays où le concile n'a pas été publié, cela suffit pour assurer la validité du mariage contracté sans formes, alors même que ce *quasi domicilium* n'aurait été acquis que pour tourner les prescriptions du concile [4]. On sent encore ici la faveur pour le mariage, qui domine et se dégage.

Pour les mariages contractés dans les pays infidèles par des catholiques domiciliés dans des pays où le décret a été publié, la question paraît être exactement la même ; cependant

1. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. III, disp. XVIII, n° 28. — Décision de la Congrégation du Concile dans Schulte et Richter, p. 290, n° 160.

2. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. III, disp. XVIII, n° 29.

3. Feije, *De impedimentis*, n°s 336 et suiv.

4. Feije, *De impedimentis*, n° 338 : « Si domiciliati in loco ubi uterque decreto Tridentino ligantur, transeant ad locum ubi hoc prorsus non viget, ibique clandestine contrahant, si transierint matrimonii contrahendi causa, certum est matrimonium esse irritum, *nisi alteruter ibi prius acquisiverit domicilium vel quasi domicilium.* »

les auteurs la traitent séparément et parfois différemment. Une opinion assez ingénieuse soutient en effet qu'ici le concile oblige, la promulgation dans la paroisse du lieu de la résidence ne pouvant être prise en considération puisqu'il n'y a pas de paroisses chez les infidèles[1]. La question a été plusieurs fois soulevée dans la discussion devant le concile de Trente; mais on ne saurait dire qu'elle ait été résolue par lui, ou que la solution résulte des observations présentées[2].

Dans les pays où le décret a été dûment publié, il cesse d'être obligatoire si, en fait, il est impossible de satisfaire à ses prescriptions. Il faut en effet, pour lui obéir, que l'on trouve un *parochus*, ce qui suppose le culte catholique au moins toléré par l'État et organisé en fait. Cependant, dans le cas d'une semblable impossibilité, physique ou morale, ce n'est pas, comme on pourrait le croire, l'application entière du décret qui est écartée et le droit antérieur qui rentre intégralement en vigueur. La Congrégation du Concile, qui a eu souvent à statuer sur ce point, a raisonné autrement. De ce que le décret est inapplicable quant à l'une de ses prescriptions, à savoir la présence du *parochus*, il ne s'ensuit pas qu'il soit abrogé quant à celles qui restent réalisables, à savoir la présence d'au moins deux témoins. Dans ce cas, le mariage n'est donc valable qu'à la condition d'avoir été célébré en présence de deux témoins[3], et l'on recommande (mais c'est une simple recommandation) de prendre ceux-ci parmi les catholiques.

1. *Conférences de Paris*, tome III, p. 216.

2. *Lesinensis* (Theiner, *Acta*), II, 353 : « Quod clandestinitas non est justa causa irritandi matrimonia. Aliqua enim matrimonia non possunt nisi clandestine contrahi, ut christianorum apud Turcos degentium, qui carent testibus dum contrahunt : non placet igitur quod irritentur. » — *Aquensis*, II, p. 359 : « In testibus non ponatur fide digni. Respondit iis qui dixerunt hoc non posse fieri apud infideles, quod hoc non est sacramentum necessitatis : poterunt igitur illi salvari absque hoc, quod suscipiant hoc sacramentum. » — *Sanctæ Severinæ*, II, 428 : « Quoad decretum de clandestinis placet quoad eos qui vivunt in partibus catholicorum : secus autem in aliis ubi non sunt sacerdotes, ibi enim loco parochi ponatur tabellio publicus. »

3. Schulte et Richter, p. 295, décis. 173 : « Hæc eadem sancta Congregatio alias resolvit matrimonia hæc esse valida, quamvis contracta sine parocho,

Dans les pays et pour les personnes auxquels incontestablement le décret s'applique en principe, ne peut-il pas se faire cependant que certains mariages échappent à son empire ? La question s'est posée pour les mariages *in extremis*. Certains soutiennent qu'ils sont valables, contractés *solo consensu*. On se trouve en effet en dehors des motifs qui ont fait édicter la réglementation nouvelle. L'Église a toujours détesté les mariages clandestins, mais elle n'a jamais détesté les mariages *in extremis*, qui, au contraire, sont souvent fort désirables et seraient fréquemment rendus impossibles si on les soumettait à la loi du décret [1]. Enfin, dans ce cas, il n'y a pas à redouter d'ordinaire un second mariage, contracté plus tard au mépris et grâce à la clandestinité du premier. Quelques-uns, moins hardis, proposent de se contenter ici de la présence d'un *sacerdos* quelconque et de deux témoins, le *proprius parochus* devant être considéré comme ayant donné pour cette hypothèse une *licentia* indéterminée, applicable à tout prêtre présent. Mais l'opinion dominante maintient la nécessité d'observer les formes prescrites par le concile, y compris la présence du propre curé; le texte est formel en effet : *Qui aliter quam præsente parocho... omnino inhabiles reddit* [2].

Enfin les canonistes modernes admettent que le décret *Tametsi*, bien que régulièrement promulgué dans un pays, peut cesser d'y être en vigueur par l'effet d'une longue désuétude [3].

si in loco nec episcopus, nec parochus adsit, dummodo tamen duo aut tres testes fuerint adhibiti et sic servata fuerit, quantum potuit, forma concilii. » — *Confér. ecclés.*, III, p. 210 ; Feije, *De impedim.*, n° 303 : « Duorum tamen testium præsentia pro valore matrimonii necessaria est; curandum autem, quantum fieri potest, ut adhibeantur testes catholici. »

1. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. III, disp. XVIII, n^os^ 2, 3 : « Quando contrahere volens est in articulo mortis, valdeque necessarium esset matrimonium, nec esset copia parochi. »

2. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. III, disp. XVIII, n^os^, 4, 5. — Au concile de Trente un orateur avait nettement dégagé cette conséquence du décret proposé. *Cavensis commissarius* (Theiner, *Acta*, II, p. 346) : « Item aliqui habentes concubinas in fine vitæ cum eis contrahunt; quod si matrimonia (clandestina) irritarentur, hoc bonum tolleretur. »

3. Feije, *De impedim.*, n° 302 : « Diuturna desuetudo seu inobservaniat

Telle est, dans sa portée et ses détails, la réglementation du concile de Trente quant à la forme et à la preuve du mariage. Je n'en ai cependant pas fini avec elle, car il faut voir maintenant comment ce nouveau principe se concilia avec un certain nombre de règles anciennes du droit canonique, qu'elle ne visait pas directement, mais avec lesquelles elle devait inévitablement entrer en contact. Mais, auparavant, je voudrais indiquer comment cette réglementation fut postérieurement complétée par la législation de l'Église elle-même, et comment elle fut modifiée par la législation et la jurisprudence séculières de notre ancienne France, qui l'adoptèrent en substance.

IX

Sous le pontificat de Clément X (1670-1676) fut édictée une nouvelle précaution contre les bigamies possibles. Une instruction de la Congrégation du Saint-Office, confirmée par le pape, organisa et rendit obligatoire une procédure, antérieure au mariage, destinée à constater le *liber status* des contractants[1]. De cette instruction, qui contient des prescriptions minutieuses quant à l'interrogatoire des témoins à entendre, il résulte que, dans aucun cas, il ne doit être procédé à la célébration d'un mariage avant que le *liber status* n'ait été constaté de cette manière devant la juridiction épiscopale, alors même qu'il s'agirait de deux personnes appartenant au diocèse où le mariage doit être célébré et que le prêtre saurait per-

(a lege Trid. de clandestinitate liberat) ut liquet ex Pii VII brevi 8 octob. 1803 ad archiepiscopum Moguntinum. Quum tamen dubium sit quodnam temporis spatium ad hoc requiratur et sufficiat, in casibus particularibus consulenda est sedes apostolica. »

1. L'instruction, qui est du 21 août 1670, avait d'ailleurs des précédents; Feije, *De impedimentis*, n° 254 : « Formam in hunc finem servandam præscripsit sedes apostolica per S. Officium inde ab initio sæculi XVII, præsertim vero a. 1658 et 1665, ac denuo sub Clemente X, die 21 aug. 1670, et sub Leone XII, die 25 dec. 1827. » Le texte est reproduit dans Bouix, *Tractatus de judiciis ecclesiasticis*, 2e édit., tome II, p. 459 et suiv.

sonnellement, de science certaine, que les deux contractants sont parfaitement libres[1]. Dans les décisions de la Congrégation du Concile on constate des applications de cette règle[2].

Mais ici il s'est trouvé en fait qu'on avait exigé plus qu'il n'était possible d'obtenir. Cette procédure préalable était une gêne extrême pour la conclusion des mariages, et, par là, elle était en contradiction avec l'esprit constant du droit canonique. En réalité l'instruction sur la preuve du *status liber* n'a pu passer dans la pratique. Ce n'est point qu'on doive la considérer comme abrogée par la désuétude. Elle a été formellement renouvelée par Léon XII[3], et cette procédure était visée dans les questions qui furent proposées à l'examen des évêques, avant le concile du Vatican, en 1867[4]. Mais on s'ingénie de tous côtés à en justifier l'inexécution partielle ou totale. Ainsi Bouix constate que, dans les pays où l'état civil est organisé comme en France, et où le mariage religieux ne peut être célébré qu'après le mariage civil, le *liber status* est suffisamment établi par les précautions émanant de la législation séculière et qu'il n'y a pas de place pour l'instruction de Clément X[5]. Feije, il est vrai, repousse énergiquement cette opinion[6]; mais il rapporte le sentiment commun d'après lequel il n'y a point lieu à cette procédure lorsque les deux parties appartiennent au diocèse dans lequel le mariage doit être célébré et ne s'en

1. Bouix, *op. cit.*, tome II, p. 459 : « Certa de jure communi habenda est regula generalis non posse licite ad matrimoniorum celebrationem procedi nisi prius in curia episcopali juridice probatus fuerit liber contrahere volentium status. Procedit autem regula hæc, etiamsi contracturi sint diœcesani et parochus liberum eorum statum certo cognoscat. Decretum enim Clementis X non præscribit tantum ut habeatur certa scientia, sed ut sumatur probatio juridica. »

2. Décision du 9 septembre 1684, dans Schulte et Richter, p. 227 n° 38.

3. Bouix, *op. cit.*, tome II, p. 465 : « Nam relata Sancti Officii instructio iterum sub Leone XII (1823-1829) renovata et confirmata est : porro ab hujus pontificis tempore usque nunc non ea effluxit diuturnitas quæ requiritur ut consuetudo contra generalem Ecclesiæ legem prævaleat. »

4. Feije, *De impedimentis*, n° 258; cf. n° 15.

5. *Op. cit.*, p. 465 : « In ea ergo (Gallia) et similibus regionibus non videtur hodie stricte obligare dicta Sancti Officii instructio. »

6. *De impedim.*, n° 259.

sont point absentées pendant un temps notable après leur puberté : la preuve du *liber status* résulte alors suffisamment de la publication des bans et de l'enquête personnelle à laquelle le curé a dû se livrer [1].

Une seconde retouche de la réglementation du concile de Trente, plus pratique que la première, mais portant sur un point restreint, émane de Benoît XIV. Elle vise les mariages secrets. Il s'agit là de mariages qui n'étaient point clandestins au sens du décret, parce qu'ils avaient été célébrés dans les formes prescrites par lui, mais qui étaient tenus cachés par les parties. Cela supposait d'abord que les dispenses des publications avaient été complètement obtenues, soit avant, soit après la célébration. Cela supposait aussi que les deux témoins, dont la présence était exigée outre celle du prêtre, étaient des amis sûrs, à la discrétion desquels on pouvait se fier. Cela supposait enfin la complaisante intervention du *parochus*, qui voulait bien se prêter à ce mystère. De tels mariages étaient dangereux, surtout au point de vue des enfants qui pouvaient en naître et dont la légitimité risquait de ne point être établie ; du vivant des deux conjoints, ils rendaient une bigamie facile de la part de l'un ou de l'autre.

Dans sa bulle de 1741, Benoît XIV rappelle d'abord les faits et les pratiques que je viens d'indiquer [2]. Il exhorte ensuite les évêques à n'accorder que rarement la dispense totale des

1. *De impedim.*, n° 254 : « Quanquam strictus decretorum tenor omnia prorsus matrimonia comprehendit, nihilominus auctores, etiam illorum observantiam valde urgentes, insinuant, quoties diœcesani non vagi et qui, post adeptam pubertatem, non sunt notabili tempore in alia diœcesi commorati, matrimonium inire cupiunt, de libero eorum statu constare solere ex prævio diligenti examine et proclamationibus antenuptialibus. »

2. Schulte et Richter, p. 547, § 1 : « In more enim positum est illa celebrari nullis præviis factis denunciationibus, coram solo parocho vel alio sacerdote de ejus licentia, adhibita præsentia tantum duorum testium apposite a contrahentibus advocatorum, quorum fides nemini illorum est suspecta, remque peragi sæpe extra ecclesiam, quandoque etiam intra illam, januis tamen occlusis, vel eo temporis momento, quo semota alterius cujusvis præsentia, scientia initi matrimonii præter parochi, contrahentium testiumque personas alios penitus effugiat. »

publications, et de la restreindre en principe au cas où deux personnes, quoique simplement concubins, vivent déjà publiquement comme mari et femme et veulent contracter mariage. Les évêques ne pourront d'ailleurs accorder cette dispense et la permission de contracter un mariage secret qu'après une soigneuse enquête, qui devra spécialement établir que les contractants ne sont point *filiifamilias* et qu'ils sont libres de tout autre lien [1].

Le mariage dispensé de toute publication et destiné à rester secret ne devra être célébré en principe que par le *proprius parochus* de l'un des contractants; l'évêque cependant, *gravi impellente causa,* pourra déléguer un autre prêtre [2]. Le prêtre qui aura célébré le mariage devra transmettre aussitôt à l'évêque l'indication du jour, du lieu, des noms des contractants et des témoins; et ces mentions devront être portées par les soins de l'évêque sur un registre spécial, gardé à la chancellerie épiscopale, fermé et scellé. Ce registre ne devra être ouvert que pour y inscrire de tels mariages, ou pour en extraire la preuve de ces unions, lorsque l'administration de la justice (ecclésiastique) l'exigera, ou que des personnes vraiment intéressées demanderont à y puiser un document qu'aucune autre preuve ne pourrait suppléer [3].

S'il naît des enfants d'un mariage ainsi constaté, les parents devront dénoncer leur naissance à l'évêque, par eux-mêmes ou par des personnes dignes de foi; et l'évêque fera inscrire ces naissances sur un registre tenu dans les mêmes formes que celui sur lequel sont consignés les mariages secrets [4]. Les contrevenants seront punis, et si l'évêque apprend qu'il est né du mariage secret un enfant dont la naissance ne lui a

1. Schulte et Richter, p. 548, § 7.

2. *Ibidem,* § 8.

3. *Ibid.*, § 10 : « Eo tantum casu resignari et aperiri vestra accedente licentia patiemini, quo alia id genus matrimonia describi oporteat, vel id sibi vindicet justitiæ administrandæ necessitas, vel demum aliquod documentum ab eo exposcant verum interesse habentes, quibus probationum aliunde petendarum non suppetit copia. »

4. *Ibid.*, § 11 : « Et quia ad o eriendum clam initum matrimonium facile

pas été notifiée dans les trente jours, immédiatement il publiera ce mariage[1]. Enfin le pape décide que le curé qui mariera secrètement deux époux devra les avertir soigneusement de leur devoir quant à la déclaration des naissances, sinon le mariage sera encore rendu public[2]. Les registres créés par la présente *bulla* auront la même force probante que les registres ordinaires des mariages et des baptêmes[3].

Cette bulle du pape Benoît XIV est en réalité très intéressante au point de vue de l'évolution du mariage canonique. Destinée en apparence à consolider, à renforcer la réglementation du concile de Trente, en réalité elle régularisait, en la circonscrivant, une fissure que la pratique y avait pratiquée. Il n'est point douteux que les Pères du concile avaient l'intention de supprimer absolument la clandestinité des mariages et de soumettre ceux-ci à la loi égale de la publicité : en édictant le décret *de clandestinis*, ils ne soupçonnaient pas qu'on pourrait combiner l'application de manière à tenir le mariage absolument secret, tout en se conformant au texte. Mais le vieil esprit, qui poussait si ardemment au mariage, n'était point mort ; pour des cas où les parties redoutaient le jour et la lumière, il produisit cette pratique des mariages secrets, et cependant non clandestins, que je viens de décrire. La tendance était si puissante que la législation ecclésiastique, au lieu de supprimer et de condamner cet abus, le consacra définitivement, en l'entourant, il est vrai, de précautions ingénieusement combinées, mais en le légitimant par là même[4].

est in libro baptizatorum nullam fieri mentionem parentum et eorum nomina consulto reticeri.... Quæ sane omnia, cum vobis notuerint, ne illorum excidat memoria, in libro fideliter describentur ab eo cui facta a vobis est potestas adnotandi matrimonia occulte celebrata. »

1. *Ibid.*, § 12.

2. *Ibid.*, § 13.

3. *Ibid.*, § 14 : « Volumus denique ac mandamus fides seu attestationes matrimonii clam initi et sobolis ex eo procreatæ, excerptas ex dictis libris modo quo dictum est, apud vos caute custodiendis, tantam promereri fidem, quantam sibi alii libri parochiales baptismatis et matrimonii vindicare consueverant. »

4. Le nouveau code civil espagnol, dont j'ai signalé plus haut l'esprit, a

X

Les règles introduites par le concile de Trente, quant à la célébration et à la preuve du mariage, passèrent en substance dans notre ancien droit français. Elles ne furent point admises cependant dans leur forme originale et intacte, car le concile de Trente n'avait pas été accepté dans l'ancienne France; elles se firent recevoir par équivalent, incorporées dans des ordonnances. Ces ordonnances d'ailleurs ne se contentèrent point de les reproduire; elles les modifièrent et les complétèrent assez heureusement; et, comme cette réglementation est un état intermédiaire entre le droit canonique et notre droit civil actuel, auquel elle a fait place, il est bon de lui consacrer quelque attention.

Le premier texte, qui introduisit chez nous l'obligation des publications de mariage[1] et la célébration publique du mariage, est l'ordonnance de Blois de 1579, art. 40 et 44. Elle renchérissait sur les prescriptions du concile, en exigeant quatre

reconnu valables ces mariages secrets et de conscience; il leur fait même produire les effets civils à la condition qu'ils soient postérieurement inscrits sur les registres de l'état civil. Il organise un registre civil spécial et secret sur lequel ils peuvent rester inscrits pendant un temps indéterminé, avant d'être portés sur les registres ordinaires et publics. Art. 79 : « El matrimonio secreto de conciencia, celebrado ante la Iglesia, no esta sujeto à ninguna formalidad en orden civil, ni producira efectos civiles sino desde que se publique mediante su inscripcion en el registro. — Este matrimonio producira, sin embargo, efectos civiles desde su celebracion, si ambos contrayentes, de comun acuerdo, solicitan de obispo, que lo aya autorizado, un translado de la partida consignada en el registro secreto del obispado, y la remiten directamente y con la conveniente reserva à la direccion general del registro civil, solicitando su inscripcion. Al efecto la direccion general llevara un registro especial y secreto con las precauciones necessarias para que no se conozca el contenudo de estas inscripciones hasta que los interesados soliciten darlas publicidad transladandolas al registro municipal de su domicilio. »

1. Ci-dessus, tome II, p. 174.

témoins pour la célébration[1]. L'article 44 défendait aussi expressément aux notaires de passer ou recevoir aucune promesse de mariage par paroles de présent; cela impliquait que le mariage ne pouvait valablement être contracté que *in facie Ecclesiæ*, ce qui ressortait aussi de l'article 181 qui réglementait, comme je le dirai bientôt, la tenue du registre des mariages par les curés et vicaires. Mais l'ordonnance ne déterminait pas le curé compétent pour procéder à la célébration; on pouvait seulement, pour exiger la présence du propre curé, argumenter du renvoi « aux conciles », contenu dans l'article 40.

Un édit de Henri IV, du mois de décembre 1606, ne fit guère que répéter l'ordonnance de Blois[2]. L'ordonnance de 1629 (art. 39), confirmée par une autre de 1639 (art. 1), imposa formellement la présence du propre curé; elle reconnaissait le droit de délégation au profit de celui-ci et de l'évêque, dans les termes du concile de Trente[3]. Enfin un édit de 1697 vint mettre la dernière main à cette réglementation : il détermina d'une façon précise par quel laps de temps le domicile s'acquérait quant au mariage, et fixa ce temps à six mois ou à

1. Art. 40 : « Seront épousés publiquement, et, pour témoigner de la forme qui aura été observée esdits mariages, y assisteront quatre personnes dignes de foy pour le moins, dont sera fait registre, le tout sur les peines portées par les conciles. »

2. Art. 12 : « Nous voulons que les causes concernans les mariages soient et appartiennent à la connaissance et juridiction des juges d'Eglise, à la charge qu'ils seront tenus de garder les ordonnances, même celle de Blois en l'art. 40, et suivant icelles declarer les mariages qui n'auront été faits et célébrés en l'Eglise, et avec la forme et solennité requise par ledit article, nuls et non valablement contractés, comme cette peine indicte par les conciles. »

3. Ord. 1629, art. 39 : « L'ordonnance de Blois touchant les mariages clandestins sera exactement observée; et, y ajoutant, voulons que tous mariages contractez contre la teneur de ladite ordonnance soient declarez non valablement contractez, faisant defense à tous curez et autres prêtres séculiers ou réguliers, sur peine d'amende arbitraire, célébrer aucun mariage de personnes qui ne seront de leurs paroissiens, sans la permission de leur curé ou de l'evêque diocésain, nonobstant tous privilèges à ce contraires. Et seront tenus les juges ecclésiastiques juger les causes desdits mariages conformément à cet article. »

un an, suivant que la personne portait sa résidence seulement hors de sa paroisse, ou qu'elle sortait aussi en même temps de son diocèse [1]. Le concile de Trente, nous le savons, n'avait aucunement fixé ce point, et ce sont les canonistes seuls qui sont arrivés, par l'interprétation, à une règle semblable.

Quant à la preuve du mariage, la jurisprudence française fut vraiment originale et créatrice. Dès avant la convocation du concile de Trente, on avait senti dans notre pays l'inconvénient grave qu'il y avait à laisser aux hasards de la preuve testimoniale les faits capitaux qui se rattachent à l'état des personnes. L'ordonnance de Villers-Cotterets en 1536 (art. 50-56) avait prescrit aux curés de tenir registre des décès et des baptêmes. Mais s'il y a là, comme on le dit ordinairement, l'origine première de nos registres de l'état civil, l'institution avait une portée et un but bien restreints. En effet, en cherchant à assurer la preuve des décès et des naissances, on ne songeait qu'aux bénéficiers; on voulait, pour éviter les fraudes dans les collations, déterminer d'une manière certaine à quel moment les bénéfices devenaient vacants par décès [2], et l'âge de ceux qui

1. « Defendons à tous curés et prêtres, tant séculiers que réguliers, de conjoindre en mariage autres personnes que ceux qui sont leurs vrais et ordinaires paroissiens, demeurant actuellement et publiquement dans leurs paroisses au moins depuis six mois à l'égard de ceux qui demeuroient auparavant dans une autre paroisse de la même ville, ou dans le même diocèse, et depuis un an pour ceux qui demeurent dans un autre diocèse; si ce n'est qu'ils en aient une permission spéciale et par écrit du curé des parties qui contractent ou de l'archevêque ou évêque diocésain. » — La législation qui exigeait une célébration solennelle du mariage eut quelque peine à se faire recevoir en France; voyez sur ce point, P. Viollet, *Précis de l'histoire du droit français*, p. 363.

2. M. Friedberg, dans son savant ouvrage, déjà plusieurs fois cité, a commis ici une méprise assez curieuse. Il entend le mot *bénéfice* dans le sens de *fief*, et c'est aux relations féodales et aux droits de relief que le législateur aurait songé; voyez, *das Recht der Eheschliessung in seiner geschichtlichen Entwickelung*, p. 523 : « Schon die Ordonnanz v. Villers Cotterets v. J. 1539, beschäftigte sich mit dem Civilstande, freilich ohne irgendwie ein Princip zur Geltung bringen zu wollen : allein zur Abhülfe dringenden Nothstandes. Häufich nämlich wurde der Tod von Vasallen verheimlicht, und dann Seitens der Hinterbliebenen ungestörte Schritte gethan, die Succession des Verstorbenen an sich zu bringen. Deswegen setzte Art. 50 fest dass

y prétendaient. Cela explique pourquoi l'ordonnance de Villers-Cotterets ne se préoccupait pas d'assurer la preuve par registre des mariages. Mais ce qu'il faut remarquer, c'est que l'on reconnut nettement à ces registres la force et la valeur d'écrits authentiques [1].

L'ordonnance de Blois de 1579 (art. 40 et 181) prescrivait la tenue par les curés de registres des baptêmes, enterrements et mariages, et cela dans le but, disait le texte, d'éviter en général, pour ces faits, l'emploi de la preuve testimoniale [2]. La preuve du mariage était cette fois assurée ; mais si ce nouveau mode était ainsi organisé, l'emploi de la preuve testimoniale n'était point exclu ; il restait possible, comme il avait continué à être admis pour les naissances et décès après l'ordonnance de Villers-Cotterets [3]. Sur ce dernier point, une nouvelle et importante transformation devait se produire. Elle eut pour point de départ non la législation, mais la jurisprudence.

La jurisprudence, dès la seconde moitié du XVI[e] siècle, cher-

über die Todesfälle von Lehnsleuten durch die Geistlichen Register geführt werden sollen. » — L'article 50 de l'ordonnance de Villers-Cotterets est ainsi conçu : « Que des sépultures des personnes tenans bénéfices sera faict registre en forme de preuve par les chapitres, collèges, monastères et curez, qui fera foy et pour la preuve du temps de la mort, duquel sera fait expresse mention esdits registres pour servir au jugement des procès, où il seroit question de prouver ledit temps de la mort, à tout le moins quant à la recréance. » Cf, art. 54 : « Et afin que la vérité du temps dudit decès puisse encore plus clairement apparoir, voulons et ordonnons que incontinent après le décès *desdits beneficiez* soit publié ledit décès. »

1. *Commentarii Johannis Constantini in jure licentiati curiæque parlamenti Burdigalensis advocati in leges regias seu ordinationes de litibus brevi decidendis recenter editas*, p. 93 v° : « Ista registra sunt authentica et faciunt plenam fidem... Et nota quod registra sic facta faciunt fidem et probant, eo quod auctoritatem impartitur princeps talia faciendi. »

2. Art. 181 : « Pour eviter les preuves par témoins que l'on est souvent contraint faire en justice, touchant les naissances, mariages, morts et enterrements des personnes. »

3. Constantin, *op. cit.*, p. 93 v° : « Multum serviunt ad probandam ætatem... admittuntur tamen parentes ad illam probandam, non tamen faciunt plenam neque semiplenam fidem, sed quamdam præsumptionem et instructionem faciunt judici. »

cha à restreindre étroitement l'emploi de la preuve testimoniale en matière de mariage. Elle s'appuya sur le célèbre article 54 de l'ordonnance de Moulins, qui défendait de recevoir preuve par témoins des conventions excédant la valeur de 100 livres. Sans doute cela ne visait pas le mariage lui-même; mais, dans la France coutumière, tout mariage valable entraînait en principe, à défaut de conventions matrimoniales particulières, la communauté de biens entre les époux, laquelle était fondée d'après les jurisconsultes sur un contrat tacite. Permettre de prouver le mariage par témoins, n'était-ce pas admettre par voie de conséquence la preuve testimoniale pour un contrat dont l'objet ordinairement dépassait la valeur de 100 livres[1] ? On commença par une distinction assez naturelle, mais bien difficile à appliquer : on recevait la preuve par témoins pour établir l'existence du lien matrimonial; on l'écartait au contraire s'il s'agissait d'établir les conventions matrimoniales quant aux biens[2]. Mais les difficultés quant à la communauté légale n'en subsistaient pas moins. Aussi Févret nous apprend-il qu'à la fin du XVI^e^ siècle on usait d'une autre distinction. On admettait au bénéfice de la preuve testimoniale les mariages et les promesses de mariage, mais ceux-là seulement qui avaient été contractés avec une large et solennelle publicité, *amicis et propinquis intervenientibus.*

1. Févret, *Traité de l'abus*, l. V, c. 1, n° 19 : « Ils ont fait voir que la conséquence de cette preuve étoit très grande, et qu'il seroit très perilleux de remettre l'acte le plus important de la vie au dire de quelques témoins qui pourroient être gagnés ou corrompus. Secondement... toutes ou la plupart des coutumes de France portent que les mariés, sans aucune stipulation n contrat, sont uns et communs en biens meubles et acquests, dès aussitôt qu'ils ont reçu la bénédiction nuptiale, de sorte qu'admettant la preuve du mariage par témoins, c'étoit en même temps admettre en preuve une communauté de de biens entre les mariés, et, par conséquent, contrevenir à l'article 54 de l'ordonnance de Moulins, qui défend la preuve par témoins des choses qui excèdent 100 livres. »

2. Févret, *Traité de l'abus*, l. V, c. 1, n° 19 : « En ce conflit d opinions, on s'étoit arrêté à une voie moyenne qui étoit d'admettre en preuve par témoins les nues et simples promesses de s'épouser, et quant aux conventions de mariage on n'y recevoit que l'écrit : *probationem per testes admittendo in eo quod spectat ad fœdus, non autem quoad conventiones et pacta nuptialia.* »

Cette jurisprudence conduisit à une loi ferme, qui fut d'abord l'article 40 de la grande ordonnance de 1629 : il n'admettait en principe que la preuve écrite du mariage, si ce n'est lorsqu'il s'agissait de paysans et de gens du bas peuple; et encore, pour ceux-ci, la preuve ne pouvait être faite que par le témoignage de six parents des plus proches [1].

Enfin l'ordonnance sur la procédure de 1667 (tit. XX) supprima cette dernière tolérance en décidant (art. 1) : « Les preuves de l'âge, du mariage et du temps du décès seront reçues par des registres en bonne forme, qui feront foi et preuve en justice ». C'était le principe qui domine nos actes de l'état civil : la preuve ne peut être faite, sauf de très rares exceptions, que par les mentions des registres [2].

Notre ancien droit, qui certainement avait perfectionné le système canonique tout en s'y rattachant, avait statué, avant la bulle de Benoît XIV, sur les mariages tenus secrets, ou mariages de conscience, et les avait déclarés nuls et dépourvus d'effets civils : c'est ce que portait l'ordonnance de 1639 (art. 5) [3]. Lorsque la législation ecclésiastique eut statué en sens contraire, l'ancien droit français n'en maintint pas moins

1. Art. 40 : « Nous défendons à tous juges, même à ceux de cour d'Eglise, de recevoir à l'avenir aucune preuve par témoins et autres que par écrit en fait de mariage, fors et réservé entre personnes de village, basse et vile condition; à la charge néanmoins que la preuve n'en puisse être admise que des plus proches parents de l'une et de l'autre des parties, et au nombre de six pour le moins. »

2. Pour la législation postérieure à l'ordonnance de 1667, et qui n'a apporté que des retouches de détail, voyez Le Ridant, *Code matrimonial*, p. 67, et suiv. — *Conférences de Paris*, tome III, p. 50 et suiv.

3. « Désirant pourvoir à l'abus qui commence à s'introduire dans notre royaume par ceux qui tiennent leurs mariages secrets et cachez pendant leur vie, contre le respect qui est dû à un si grand sacrement, nous ordonnons que les majeurs contractent leurs mariages publiquement et en face de l'Eglise, avec les solennités prescrites par l'ordonnance de Blois, et déclarons les enfants qui naîtront de ces mariages, que les parties ont tenus jusqu'ici ou tiendront à l'avenir cachez pendant leur vie, qui ressentent plutôt la honte d'un concubinage que la dignité d'un mariage, incapables de toutes successions, aussi bien que leur postérité. »

sa première et très juste décision. Il traitait de même les mariages *in extremis* et ceux contractés par des condamnés à mort [1].

1. Ord. de 1639, art. 6 : « Nous voulons que la même peine ait lieu contre les enfants qui sont nés de femmes que les pères ont entretenues et qu'ils épousent lorsqu'ils sont à l'extrémité de la vie ; comme aussi contre les enfants procréés par ceux qui se marient après avoir été condamnés à mort, même par les sentences de nos juges rendues par défaut, si avant leur décès ils n'ont été remis au premier état. » — Cf. Édit de 1697 (Le Ridant, *Code matrimonial*, I, p. 105).

CHAPITRE IV

Les répercussions du décret « de clandestinis » dans la théorie du mariage.

I. La disparition des *matrimonia præsumpta*. — II. Les mariages entre absents. — III. Le mariage conditionnel. — IV. Le *dissensus*. — V. La ratification des mariages nuls. — VI. Les effets possibles des mariages clandestins. — VII. Les mariages mixtes.

Lorsqu'on introduit par voie de réforme législative un principe nouveau et important dans un système juridique déjà ancien et complètement développé, il ne tarde pas à dépasser l'application spéciale et restreinte qu'en avait faite le législateur. Par la force immanente aux principes, il tend, une fois introduit sur un point, à produire toutes ses conséquences naturelles; et, sous son influence, on remet peu à peu en question un certain nombre de solutions qui semblaient définitivement acquises, mais qui se trouvent difficilement conciliables avec lui. En même temps, par voie d'interprétation, il produit un certain nombre de règles nouvelles. Ces transformations, cette lutte entre des éléments divers successivement introduits dans un même système juridique, ne sont point arbitraires ni fortuites : un vrai jurisconsulte pourrait déterminer à l'avance toutes les répercussions que le nouveau principe produira dans l'ancien milieu, et c'est pour cela que le droit, même purement dogmatique, est une véritable science; mais, d'ordinaire, c'est la pratique, ingénieuse à satisfaire les intérêts privés, qui met au jour une à une toutes ces conséquences.

Un semblable phénomène se produisit quant au principe proclamé par le concile de Trente, et qui faisait du mariage un contrat solennel, tous les mariages étant annulés qui n'auraient pas été contractés en présence du propre curé et de deux témoins. C'est ce phénomène que je me propose maintenant d'étudier.

I

Le droit canonique antérieur admettait une façon singulière de contracter mariage. Si la *copula carnalis* intervenait entre deux personnes unies par des *sponsalia per verba de futuro*, immédiatement et inévitablement le mariage se formait entre elles. Le droit canonique admettait, par une présomption irréfutable, qu'elles avaient eu à ce moment la volonté de contracter mariage, et le mariage, étant un contrat formé par le simple consentement, avait par là même pris naissance. Le concile de Trente n'avait pas ouvertement, explicitement annulé ces mariages [1], pouvaient-ils encore être admis?

Si les *sponsalia per verba de futuro* avaient été clandestines, la question ne pouvait guère se poser; l'inexistence du mariage était incontestable. Mais il se pouvait que les fiançailles eussent été contractées dans la forme même que le concile prescrivait pour le mariage, c'est-à-dire en présence du propre curé et de deux témoins. Sans doute, le concile n'avait pas adopté, dans le projet définitif, la disposition qui figurait dans les projets antérieurs et d'après laquelle la validité même des fiançailles était subordonnée à l'observation de ces formes [2]; mais il

1. Voyez cependant : *Civitat. Castelli* (Theiner, *Acta*), II, 362 : « Allegavit aliquos casus, quibus expediens est ut clandestina contrahantur... 2° quando præcedit promissio, et sequitur copula... Asseruit hoc decretum esse malum propter multa... 2° quia ex hac lege datur facultas decipiendi proximum, dum aliquis promittit ducere uxorem aliquam, cum qua consummat matrimonium clandestinum, et postea non servat promissa, dicens se non teneri ex hoc decreto. Cf. *Civitatensis*, II, 388; *Brugnatensis*, II, 350.

2. Ci-dessus, tome II, p. 166.

n'avait point défendu de s'y conformer. En supposant que les fiançailles avaient été ainsi contractées, la *copula carnalis* intervenant ensuite entre les fiancés ne conservait-elle pas son ancien effet? On pouvait le soutenir : l'ancienne règle n'avait pas été formellement abrogée, et satisfaction, semblait-il, était donnée à la loi nouvelle. Et, en effet, cette opinion fut soutenue, mais elle ne pouvait pas prévaloir[1]. Dans l'hypothèse, quoi qu'il en fût des fiançailles, le mariage n'en était pas moins entaché de la pire clandestinité. D'autre part, en suivant les raisonnements classiques des canonistes sur ces mariages, on arrivait directement à la nullité. En effet, c'étaient des mariages *présumés*, *præsumtiva*; on présumait que les parties, au moment de la *copula*, avaient eu et manifesté l'intention de contracter mariage; en maintenant cette présomption, et c'est tout ce qu'on pouvait faire, elle était dorénavant inopérante, le consentement ne s'étant pas produit dans la forme prescrite par le concile. Enfin ces unions avaient suscité des difficultés de preuve qu'il était indispensable d'écarter, et elles avaient spécialement excité les sarcasmes des auteurs protestants. Très vite, la Congrégation du Concile donna cette interprétation[2]. Cependant, telle est la force de la tradition chez les canonistes que certains docteurs ont cherché à trouver encore une application à l'ancienne règle, non explicitement abrogée, en la mettant en harmonie avec les exigences nouvelles du concile de Trente. Mais ils n'ont réussi qu'à construire des hypothèses incroyables et de pure fantaisie[3].

1. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. III, disp. 40, n° 6 : « Quando sponsalia coram parocho et testibus celebrata sunt, an per copulam occultam transeant in matrimonium? Affirmat, quamvis subobscure Palacios, 4, disp. XXVIII, fol. 629, col. 2, vers. At vero. Sed contrarium est certum, quia nec parochus nec testes testificari possunt nisi de solis sponsalibus iisque tantum intersunt, cum copula per quam transitura erant in matrimonium ipsis absentibus habeatur. Sic tenet Petr. de Led : *De matr.*, qu. 46, art. 2, dub. 1. »

2. Schulte et Richter, p. 226, n° 32 : « S. C. decrevit sponsalia de futuro per copulam carnalem subsecutam minime hodie transire in matrimonium, 15 jul. 1593. »

3. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. III, disp. XL, n° 7 : « Quando vero tam sponsalia de futuro quam copula sunt coram eodem parocho et testibus,

Ce point ne pouvait guère faire de doute, mais d'autres au contraire étaient fort délicats. Il s'agissait encore de règles qui se justifiaient antérieurement par cette idée que le mariage avait été construit sur le type des contrats consensuels : comment les maintenir depuis qu'il était devenu un contrat solennel?

II

L'Église avait admis que le mariage pouvait se contracter *per procuratorem* : elle avait seulement exigé en définitive que le mandat fût spécial et qu'il n'eût pas été révoqué[1]. Cela était d'ailleurs très logique ; car, dans un contrat consensuel, peu importe par quel moyen est échangé le consentement des parties.

Pour décider que cette règle avait été implicitement abrogée par le concile de Trente, les bonnes raisons ne manquaient pas. Dorénavant, en effet, le *nudus consensus* ne suffisait plus pour faire le mariage ; il fallait le consentement donné en présence du *parochus* et des témoins ; et cette formalité substantielle paraissait bien exiger la présence des deux

dicendum est jus antiquum manere illæsum atque ita transire in matrimonium... adeo ut, probata copula et sponsaliibus, præsumeret Ecclesia matrimonium cogeretque ad illud, sicut ante Tridentinum cogebat, quia mutuus consensus de præsenti, sufficienti signo externo, manifestatus coram parocho et testibus constituit matrimonium ; sed illa copula post sponsalia est sufficiens signum externum consensus de præsenti, ut constat ex. c. *Is qui*, X, *De spons.*, alia male Ecclesia ex ea præsumeret matrimonium ad illudque compelleret : ergo, cum habeatur coram parocho et testibus, constituet hodie matrimonium. Ita refert Petr. de Led. dicto dub. 2 tenuisse quemdam virum doctum, et idem dicendum est de quibuscunque aliis signis, per quæ olim sponsalia transibant in matrimonium. Ut si hodie solennis traductio ad domum, quæ antiquitus erat sufficiens ad explicandum consensum de præsenti, fieret coram eodem parocho et testibus coram quibus inita erant sponsalia... Sic docet Enr. lib. XI, *De matr.*, c. III, n° 7, dicens idem tenuisse Cov., Baldum, et alios theologos consultos. Idem Spino., *Specul. test.*, glos. 15, n° 65-66. Dixi quando illa solennis traductio antiquitus erat sufficiens ad matrimonium, quia quando talis esset magna est difficultas. »

1. C. IX, VI, *De proc.*, I, 19 ; ci-dessus, tome I, p. 170.

époux. Le concile avait voulu que le prêtre et les témoins pussent constater *propriis sensibus* l'identité des conjoints et leur volonté exprimée de se prendre pour mari et pour femme : cela n'impliquait-il pas la présence réelle des époux[1] ?

Cependant la solution contraire l'emporta sans difficulté. Ici encore le vieil esprit eut le dessus ; on maintint au mariage, dans la mesure du possible, ses anciennes facilités. La principale raison que l'on donna, pour admettre comme par le passé les mariages par procureurs, c'est qu'ils n'ont point du tout les mêmes inconvénients que les mariages clandestins condamnés par le concile. Ce que celui-ci a voulu, c'est que le mariage soit directement porté à la connaissance de l'Église, *ut notum sit Ecclesiæ matrimonium* ; or ici ce résultat est parfaitement obtenu. Sanchez, qui adopte cette opinion dominante, constate qu'elle est conforme à une pratique générale et incontestée[2] ; et la jurisprudence de la Congrégation du Concile n'a point hésité à valider les mariages par procureur, en maintenant soigneusement les garanties qu'avait établies le droit antérieur en ce qui concerne le *mandatum ad matrimonium*[3]. On se demanda cependant s'il suffisait, pour suppléer à la présence de l'époux absent, d'un mandat dans une forme quelconque, ou s'il ne fallait pas qu'il fût donné dans la forme même qu'avait imposée le concile pour le contrat de mariage, c'est-à-dire en présence du *proprius parochus* et de deux témoins ; c'était en effet un principe soutenu par les docteurs, que, lorsqu'une certaine solennité était exigée par la loi pour un acte déterminé, elle était également exigée pour le mandat donné afin d'accomplir cet acte[4]. Mais cela même ne fut pas

1. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. II, disp. XI, nº 19 : « Ideo olim matrimonium per procuratorem valebat, quia sufficiebat ad illum mutuus consensus nudus... Sed hodie non est satis nudus consensus, ergo cessat matrimonium inter absentes... Hanc sententiam tenet Bart. a Ledes. dub. 18, *De matr.*, fol. 1286. »

2. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. II, disp. XI, nº 20 : « Ex praxi totius Ecclesiæ, passim enim post Tridentinum celebrantur matrimonia per procuratores essetque intolerabilis error in Ecclesia tot matrimonia irrita censere. »

3. Schulte et Richter, p. 238, nºs 69, 70.

4. C'est sur la loi 16, D., *De spons.*, XXIII, 1, qu'ils développaient cette règle Cf. Sanchez, *De sacr. matr.*, I, p. 98.

admis; et l'on décida qu'il suffirait, comme par le passé, d'un mandat quelconque, pourvu qu'il fût spécial, même d'un mandat verbal[1]. La doctrine dominante va même jusqu'à soutenir qu'il n'est point nécessaire que le prêtre et les témoins constatent la réalité du mandat; ils n'ont point à entrer dans cette vérification difficile; ils constatent seulement qu'un consentement en vue d'un mariage est produit devant eux : il vaudra ce qu'il pourra[2]. Sanchez décide aussi, après controverse, qu'aucune qualité de capacité civile, de sexe ou d'âge, n'est exigée chez le *procurator*; il suffit que matériellement, naturellement, il soit capable de remplir le mandat[3].

La même difficulté, mais plus grave encore, se présentait quant au mariage contracté par lettre, qu'admettait également le droit ancien. Ici, en effet, il semblait impossible de respecter la prescription du concile, d'après laquelle le consentement de chacune des parties devait se manifester en même temps devant le même *parochus* et les mêmes témoins. Dans le mariage *per procuratorem*, cette condition peut être considérée comme remplie, car les deux parties, juridiquement parlant, sont en présence, bien que l'une d'entre elles, au lieu de figurer en personne, soit représentée par un mandataire. Mais l'époux qui reçoit une lettre de son fiancé ne peut faire qu'une

1. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. II, disp. XI, n° 23 : « Quia praxis totius Ecclesiæ habet ut post Tridentinum contrahatur matrimonium per procuratorem et nunquam auditum est eam solemnitatem in mandato dando procuratori servari. »

2. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. V, disp. VIII, n° 24 : « Quando aliqui contrahunt per procuratorem non est opus ut parochus et testes videant litteras, in quibus continetur potestas procuratoris, ut praxis totius Ecclesiæ recepit, alias deberent esse viri docti ut scirent an ea potestas sit sufficiens necne... Non videtur mens concilii ut plene et integre possint parochus et testes de matrimonio testificari, sed ut sint testes consensus de præsenti, quamvis valor matrimonii pendeat ex alicujus veritatis suppositione, ut constat ex matrimonio contracto per procuratore. » — Mais cependant voyez Laemmer, *Institutionen des Katholischen Kirchenrechts*, § 129, note 6.

3. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. III, disp. XLII, n° 8 : « Multo certius est nullam desiderari ætatem nec qualitatem aliam in procuratore ad matrimonium constituto, præter eam, quam jus naturale exposcit ad explicandum consensum, nomine alterius, nimirum rationis usum. »

chose pour se conformer au vœu du concile : venir déclarer sa volonté de contracter mariage, conformément à l'offre contenue dans la lettre, devant le *parochus* et deux témoins. Quand il aura fait cela, le consentement de l'autre conjoint aura-t-il été manifesté dans la forme voulue? Aucunement : il faudrait que, de son côté, il vînt accepter devant son *parochus* et deux témoins. Mais, alors, au lieu d'un acte simple et un, prescrit par le *decretum de clandestinis*, on aura devant soi un acte en deux parties, qui ne présentera plus ni l'unité de lieu ni l'unité de personnages[1]. Malgré ces raisons très puissantes, Sanchez admet encore la possibilité et la validité du mariage contracté par lettre de la part de l'un des conjoints. Il veut que l'ancien droit soit corrigé le moins possible, et cette solution est commandée, selon lui, par la solution généralement admise quant au mariage par procureur. Il faudra, pour que le mariage puisse être contracté ainsi, que l'un des conjoints écrive à l'autre une lettre par laquelle il déclare non seulement qu'il lui fait tradition de son corps, mais encore qu'il accepte dès maintenant la tradition réciproque que celui-ci lui consent[2] : puis la partie qui a reçu cette lettre en donne lecture, en manifestant son consentement, devant le *parochus* et les deux témoins.

1. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. II, disp. XII, n° 2 : « Quando alter recipit litteras, licet consentiat coram parocho, non sit sufficiens ad matrimonium donec alter conscius acceptet : non videtur quo pacto utriusque consensus possit coram eodem parocho et testibus præstari media epistola; procurator enim potestatem habet acceptandi, epistola autem minime. »

2. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. II, disp. XII, n° 2 : « Primus casus est quem ponit Enriquez, si epistolam mittens scribat se non solum facere sui corporis traditionem, sed ex tunc traditionem per alterum sibi faciendam acceptare; tunc enim si, epistola lecta coram parocho et testibus, alter consentiat, jam utriusque traditio et acceptatio fit coram eodem parocho et testibus. Secundus casus est quem in nemine inveni, si recipiens epistolam rescribat mittenti se accepisse litteras in quibus vult ipsum in conjugem, et similiter ipsum velle : tunc enim si, hac epistola rescripta lecta coram parocho et testibus, recipiens coram illis consentiat, jam mutua acceptatio et traditio constat parocho et testibus; quia illa epistola continet traditionem rescribentis et acceptationem traditionis factæ a priore mittente; et prior mittens se tradit et acceptat coram parocho et testibus. »

III

Le droit canonique, non sans quelques difficultés doctrinales, avait admis que le mariage pouvait se contracter sous condition suspensive. Mais, en même temps, il décidait que, si, *pendente conditione*, la *copula* intervenait entre les époux, le mariage était immédiatement conclu comme pur et simple. Il avait construit une théorie ingénieuse des conditions apposées au mariage, considérant comme non écrites celles qui étaient impossibles ou simplement honteuses; annulant au contraire le mariage, lorsqu'une condition incompatible avec son essence même y était apposée. Tout cet ordre n'allait-il pas être bouleversé par les réformes qu'avait opérées le concile de Trente ?

La difficulté réelle ne vient point de ce que le mariage est devenu un contrat solennel; car, en lui-même, un contrat de cette nature est susceptible de conditions; la stipulation du droit romain en est un célèbre exemple. Sans doute il faudra dorénavant que la condition acceptée par les deux conjoints soit déclarée devant le prêtre et les témoins; car le consentement, auquel elle s'incorpore, doit être manifesté dans cette forme, mais la logique sur ce point n'exige rien de plus.

La difficulté gît ailleurs. On se demande, en effet, s'il suffira que le prêtre et les deux témoins requis par le concile de Trente soient présents lorsque s'échange le consentement conditionnel, pour que, la condition s'accomplissant, le mariage se forme ; — ou s'il ne sera pas nécessaire que les parties se présentent encore devant eux après cet accomplissement, pour qu'ils en constatent l'existence.

Pour quelques canonistes, nous le savons, le mariage conditionnel a la valeur de simples *sponsalia de futuro*; le lien conjugal ne se forme que moyennant un nouveau consentement, donné par les parties lorsque la condition s'est réalisée. En suivant cette opinion, il faudra dire que, dorénavant, si

le consentement conditionnel peut être donné sans aucune forme, car il constitue simplement des fiançailles, le consentement matrimonial, qui suivra la condition accomplie, devra se produire *coram parocho et testibus*. Mais cette analyse du mariage conditionnel n'était pas généralement admise. On tenait communément, dans la doctrine ancienne, que le mariage sous condition suspensive était bien un véritable mariage et non de simples fiançailles ; qu'il se formait à l'arrivée de la condition, sans qu'un nouveau consentement fût nécessaire. En s'attachant à cette doctrine, il faut dire certainement que le consentement conditionnel, sous l'empire du concile de Trente, devra être donné devant le *parochus* et les deux témoins; mais il est fort douteux que cela soit suffisant. En effet, ce qui vivifie le consentement et par conséquent fait le mariage, c'est la condition accomplie ; si l'opération de cet élément créateur n'est pas constatée, comme le concile a voulu que fussent constatés les mariages contractés, il semble bien que l'on a devant soi un mariage clandestin, entraînant tous les inconvénients de ces sortes de mariages, rendant possible et facile en particulier la bigamie des contractants[1]. Le même inconvénient, plus grave encore, se présente, si l'on admet, conformément à la théorie ancienne, que la *copula*, intervenant entre les époux avant l'accomplissement de la condition, transforme immédiatement le mariage conditionnel en mariage pur et simple. Ces raisons sont très fortes, et Sanchez les déclare presque convaincantes[2]. Cependant la doctrine et la pratique ecclésiastiques maintinrent après le concile de Trente la théorie entière du mariage conditionnel : il produisit ses anciens effets pourvu qu'il eût été contracté devant le *parochus* et les deux témoins. On exigea seulement, comme le voulait la logique, que la condition apposée par les parties fût communiquée à ceux-ci, pour qu'elle pût produire son effet. San-

1. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. V, disp. VIII, n° 24 : « Si verificata (conditio est) in occulto, cum non constet Ecclesiæ ejus veritas, non constabit de matrimonio atque in eos permittet iniri aliud matrimonium. »

2. *Loc. cit.* : « Has urgentissimas esse et quæ convincere videntur. »

chez lui-même se rallie à cette opinion. Il se détermine surtout par cette raison : il suffit, en thèse générale, que le consentement *de præsenti* soit exprimé *coram parocho et testibus*, bien que la validité du mariage dépende par ailleurs d'un fait que ceux-ci ne peuvent vérifier, par exemple des pouvoirs d'un mandataire, de l'âge d'un contractant, d'une dispense accordée par le pape ; il en est de même quant à l'accomplissement d'une condition[1]. La jurisprudence de la Congrégation du Concile s'est fixée dans ce sens[2]. La doctrine maintient même l'ancienne règle d'après laquelle le mariage conditionnel *copula purificatur*[3]. Ici encore l'esprit de tradition l'avait emporté sur l'esprit de réforme.

IV

La doctrine ancienne, non sans de vives controverses, avait admis que le mariage était inexistant lorsque le consentement donné par l'un des contractants apparents était absolument

1. *De sacr. matr.*, l. V, disp. VIII, n° 24 : « Verum pro contraria parte, ut sufficiat parochum et testes interesse illi matrimonio de præsenti, sive conditio sit de præsenti, sive de futuro, nec sit necessarium ut præsentes sint conditionis verificationi, quæ mihi valde probabilis est, vehementissime urget. Nam quando aliqui contrahunt per procuratorem, non est opus ut parochus et testes videant litteras, in quibus continetur potestas procuratoris, ut praxis totius Ecclesiæ recepit... Similiter quando consanguinei contrahunt ex pontificis dispensatione, non est opus ut parochus et testes videant dispensationem... Ergo si hoc matrimonium valet, valebit etiam contractum per verba de præsenti, sub conditione, coram parocho et testibus; quamvis eisdem minime constet de verificatione conditionis. Præterea quia non videtur mens concilii ut plene et integre possint parochus et testes de matrimonio testificari, sed ut sint testes consensus de præsenti, quamvis valor matrimonii pendeat ex alicujus veritatis suppositione. »

2. Schulte et Richter, p. 245 et suiv., n^{os} 85, 86, 87, 88, 89.

3. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. V, disp. VIII, n° 25 : « Hinc infertur, si, pendente conditione hujus matrimonii initi coram parocho et testibus, contrahentes habeant copulam, præsumere Ecclesiam recessisse a conditione et perfici matrimonium. Quod idem erit in foro interno (?) etiam post Tridentinum. Quia jam servata est forma Tridentini in priori contractu et judicandum erit ac si impleta esset conditio occulte. »

fictif. C'était là une règle bien dangereuse et bien peu juridique : elle pouvait cependant se défendre alors que le mariage était un pur contrat consensuel et qu'il aurait suffi sûrement de quelques paroles échangées entre un homme et une femme, dans n'importe quel milieu, pour les lier irrévocablement. Après le concile de Trente, lorsque le mariage devint un contrat solennel, il semble qu'une réaction salutaire devait intervenir, qui éliminerait le *dissensus*, ainsi entendu, de la liste des empêchements dirimants. Maintenant que les *verba* impliquant le consentement, ou les signes équivalents, devaient nécessairement se produire avec une solennité déterminée, devant le *parochus* et les témoins, on ne pouvait prétendre que leur émission était inconsidérée ; ce n'était point dépasser la justice que de les prendre toujours au sérieux.

Il n'en fut rien cependant, et ici encore nous assistons à un singulier phénomène de conservation juridique. La doctrine admit, comme par le passé, que le consentement feint, quoique manifesté devant le prêtre et les témoins, rendait le mariage inexistant [1]. Si les applications de ce principe ne peuvent être que fort rares, étant données les difficultés de preuve, il n'est pas moins incontesté. Il a même été invoqué dans des circonstances solennelles ; c'est sur lui que Napoléon Ier fondait surtout la demande en nullité de son mariage avec Joséphine, introduite devant l'officialité de Paris [2].

1. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. II, disp. XLV et XLVI ; — disp. XLV, nos 4, 5 : « Ea certitudo requiritur et satis est ut possit credere mulier et aliud inire matrimonium, quæ virum prudentem certum moraliter redderet ficti consensus alterius... Hinc infertur judicis arbitrio committi quæ sufficiant conjecturæ certitudinemque moralem faciant : licet enim vir statim reclamet ac juret se non consensisse, possunt esse ea indicia, ut jure optimo fides ei adhibenda non sit, ut si dignius matrimonium se offerat. Credetur tamen dicenti se non consensisse, quando testibus probat verisimilia signa ficti consensus. »

2. Welschinger, *Le divorce de Napoléon*, Paris, 1889, p. 92 (Requête de l'archichancelier à l'official de Paris) : « Le vice radical de ce mariage que nous dénonçons est le défaut de lien résultant de l'absence d'un consentement mutuel. Nous offrons la preuve de ce défaut de lien. » Voyez, dans le même ouvrage, les dépositions de Bertier, p. 105, de Duroc, p. 108, de Talleyrand, p. 110, du cardinal Fesch, p. 99 et suiv.

Ce qui corrige en partie cette doctrine, c'est la difficulté qu'il y a à fournir une preuve suffisante et juridique du *dissensus*. Cependant, même sur ce point, des auteurs, dont l'autorité est grande, se montrent relativement assez faciles. Ainsi Sanchez admet, contrairement aux principes généraux, que l'aveu des deux conjoints pourrait suffire pour reconnaître l'inexistence du mariage[1]. La meilleure précaution juridique que puisse prendre l'époux apparent qui joue cette indigne comédie, c'est de protester d'avance, devant témoins, qu'il n'a point l'intention de contracter sérieusement. Encore beaucoup doutent-ils que cette protestation puisse avoir aucune force, si elle n'était pas faite en présence de l'autre conjoint. Si même la protestation a eu lieu, mais que le mariage postérieurement célébré ait été suivi dela *copula carnalis* entre les conjoints, ne doit-on pas présumer que l'époux s'est désisté entre temps de son *dissensus*[2]? Tout cela d'ailleurs constitue une doctrine trouble ; mais il ne saurait en être autrement, le principe lui-même étant vraiment antijuridique.

Si la doctrine a conservé sur ce point la règle ancienne, elle maintient également que le mariage n'existe point si chacun des époux n'a pas manifesté son consentement par des paroles ou des signes équivalents. Il ne suffit point qu'ils se taisent en présence du prêtre et des témoins réunis pour constater le mariage ; et si l'un d'eux a gardé le silence, interrogé par le prêtre, et n'a révélé sa volonté par aucun signe, le mariage n'existe pas. C'est ce qu'a décidé récemment encore la Congrégation du Concile[3].

1. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. II, disp. XLV, nº 15 : « Utrum autem dissensus in matrimonio probatur utriusque conjugis confessione asserentis se ficte consensisse? Negant Palud. et D. Ant., et potest probari quia non satis est confessio impedimenti dirimentis facta ab utroque conjuge ad matrimonium dissolvendum. Sed meo judicio longe dispar est ratio, quia cætera impedimenta possunt alia via probari, cum externa sint; dissensus autem, cum in corde habeat, non potest alia via probari nisi per conjugum confessionem, licet conjecturæ aliæ possint adhiberi, et ideo admittatur facilius in hoc casu utriusque conjugis confessio. »

2. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. II, disp. XLV, nºs 17 et suiv.

3. *Caietana*, 27 jan. 1872, dans Mulhbauer, *Thesaurus resolutionum S. C.*

V

Nous avons trouvé dans le droit canonique ancien une remarquable théorie sur la ratification des mariages nuls. Lorsque la nullité provenait d'un vice du consentement, violence ou erreur, qui disparaissait dans la suite, bien que le mariage fût considéré comme radicalement nul, on admettait que si l'époux violenté ou déçu donnait à nouveau son consentement, l'autre époux n'ayant pas retiré le sien, le mariage était validé, *convalescebat*. Il n'y avait même pas besoin pour cela d'un nouveau consentement expressément manifesté ; il suffisait de la vie commune continuée entre les conjoints en connaissance de cause, de la *copula* librement consentie *animo uxorio*[1]. Comme il s'agissait là, non pas à proprement parler d'une ratification, mais d'un nouveau mariage contracté, la même *revalidatio* s'appliquait au mariage inexistant ; et cela ne souffrait aucune difficulté, le mariage étant traité comme un pur contrat consensuel. De même encore, lorsque deux impubères se mariaient, étant encore incapables des relations conjugales, le mariage était radicalement nul ; mais la *revalidatio* se produisait de la même manière, quand la puberté était arrivée[2].

Mais après le décret du concile de Trente, juridiquement cela devenait impossible. Du moment que le premier mariage

Concilii quæ consentaneæ ad Tridentinorum pp. decreta... prodierunt, tome IV, fasc. 1, p. 710 et suiv. Voyez le *votum canonistæ*, p. 713 : « Defecisse consensum argui ex depositione Caietanæ quæ varie interrogata et sub juramento deposuit : « Vere nihil respondi ad interrogationem parochi, quod mihi non videbatur hujusmodi matrimonium recte factum, cum non præcessisset consensus ante publicationes juxta morem. » Cf. p. 718 : « Colligitur... III, quare si sponsus in actu contrahendi matrimonium affirmet et sponsa taceat nullumque det signum mutuæ affirmationis, ita ut mere passive se habeat, matrimonium non censeri contractum ; deest enim mutuus atque expressus consensus. »

1. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. IV, disp. XXV, nos 1 et 2 ; ci-dessus, t. I, p. 310.
2. C. VI, VIII, X, *De desp. imp.*, IV, 2 ; c. un., VI, *De desp. imp.*, IV, 2.

était considéré comme radicalement nul ou comme inexistant, et qu'il était nécessaire d'en contracter un nouveau par un *novus consensus*, il fallait que le consentement fût donné dans la forme prescrite par le concile, *coram parocho et testibus* : il fallait une nouvelle célébration. Cette conséquence s'imposait ; elle fut dégagée sans hésitation par la doctrine[1], et la Congrégation du Concile statua de bonne heure dans ce sens[2].

Cependant on pourrait croire, à lire les traités les plus autorisés, que, si l'empêchement dirimant, qui rendait le mariage nul, était occulte, il ne serait point nécessaire de renouveler le consentement *coram parocho et testibus* et la *revalidatio* pourrait, après le concile de Trente, s'accomplir comme dans le droit antérieur[3]. La Congrégation du Concile a rendu une décision dans ce sens[4], et c'est ce qui ressort aussi d'une *declaratio* de Pie V[5]. Cela paraît absolument contradictoire avec ce qui vient d'être dit et contraire aux principes. La conciliation est au fond assez simple : elle résulte de ce que, dans le second cas, on se place non dans le *forum externum*, mais dans le *forum internum*, où toutes les conventions légales et arbitraires doivent disparaître pour faire place à la vérité. L'empêchement occulte, dont il s'agit, est celui qui ne pourrait pas être judiciairement prouvé. Pour la juridiction ecclé-

1. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. II, disp. XXXII et XXXVII.

2. Schulte et Richter, p. 243, n° 80 : « S. Congregatio... sæpius respondit hodie post Tridentinum concilium matrimonium metu contractum et, purgato metu, per cohabitationem cum carnali copula aliosque actus non convalidari, nisi iterum contrahatur adhibita rursus, ejusdem concilii forma. *Hispal.* 20 jun. 1609; *Constantinopolit.*, 2 et 18 decemb. 1634. » — *Ibid.*, n° 82.

3. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. II, disp. XXXVII, n^os^ 3 et suiv.

4. Schulte et Richter, p. 243, n° 81 : « Matrimonium servata forma concilii Tridentini initum non est revalidandum repetitis solemnitatibus, si impedimentum est occultum. *Cæneten.*, 10 apr. 1723. »

5. Dans Sanchez, *De sacr. matr.*, l. II, disp. XXXVII, n° 3 : « Tandem quia ex opposita sententia sequerentur multa scandala et inconvenientia, ergo non est creditu dignum voluisse concilium hos conjuges obligare ut iterum publice contrahant. Et ita tenet Navarrus et dicit sic postea declarasse Pium V et sacrum pœnitentiariæ prætorium ea declaratione frequenter uti. »

siastique, c'est comme s'il n'existait pas, *de occultis Ecclesia non judicat* ; à ses yeux, le mariage est donc valide et n'a pas besoin d'être ratifié ou renouvelé. La ratification ne regarde ici que la conscience et le tribunal de la pénitence ; elle sort du domaine du droit[1].

VI

Le concile de Trente a frappé de nullité les mariages clandestins, ceux qui ne seraient pas célébrés suivant les formes qu'il prescrit : on se demande pourtant s'ils ne sont pas encore susceptibles de produire quelque effet. Sans doute l'acte accompli ne peut valoir comme mariage, mais ne vaudra-t-il pas comme fiançailles, comme *sponsalia per verba de futuro* ? Pour l'affirmative, on peut produire de très forts arguments.

Les fiançailles en effet ne sont assujetties, même après le concile de Trente, à aucune condition de forme ; la règle contraire avait figuré dans les premiers projets soumis aux Pères du concile , mais elle n'a pas été adoptée, et la Congrégation du Concile l'a reconnu expressément[2]. Or, dans l'hypothèse présente, les contractants ont certainement voulu donner au moins le consentement requis pour les fiançailles; en voulant le mariage actuel, ils voulaient à plus forte raison le mariage futur, et, si leur volonté est inefficace sur le premier point,

1. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. II, disp. XXXVII, n° 11 : « Credo occultum accipi, ut distinguitur contra plene probabile, quia quando impedimentum plene probari potest in foro externo, tunc proculdubio, si matrimonium clam ratificatum validum esset, sequerentur ex eo omnia inconvenientia, quæ olim ex matrimonio clandestino valido sequebantur : nam, probato impedimento, posset alter conjux aliam uxorem ducere cum qua in perpetuo adulterio viveret, cum Ecclesiæ minime constet de occulta revalidatione matrimonii illius publici. Dicetur autem plene probabile in foro externo impedimentum, ad dissolvendum matrimonium publice contractum, quando duobus testibus probari potest. »

2. Schulte et Richter, p. 221, n° 5 : « S. C. sæpius declaravit, sponsalibus per verba de futuro contrahendis nullam formam præscripsisse concilium, ideoque eo modo contrahi posse quo poterant ante ipsum concilium, 15 dec. 1596. »

pour vice de formes, elle doit produire effet sur le second, pour lequel aucune forme n'est exigée. Il y a, en ce sens, un précédent grave dans le droit canonique ancien ; c'est la solution même qui est donnée pour la *desponsatio de præsenti* des impubères : nulle comme mariage, elle vaut comme fiançailles[1].

Malgré ces raisons, ce fut la solution contraire qui l'emporta et la Congrégation du Concile l'adopta à mainte reprise[2]. Ce que la doctrine invoque surtout, pour la justifier, c'est le texte même du *decretum de clandestinis*. Il déclare, en effet, ceux qui contracteraient mariage hors de la présence du *parochus* et de deux témoins absolument incapables de contracter ainsi, *ad sic contrahendum omnimodo inhabiles reddit*. Or, ce serait leur maintenir une certaine capacité, que de faire valoir comme fiançailles leur mariage clandestin[3]. Sanchez joint à cela des considérations empruntées à la théorie des légistes sur les effets différents résultant du défaut de cause efficiente et du défaut de forme dans un acte juridique[4] : mais au fond c'est ici l'esprit de réforme qui l'avait emporté sur l'esprit de tradition. On avait senti que, pour éliminer sûrement les mariages clandestins, il fallait les priver de tout effet, même indirect.

VII

La réforme capitale opérée par le concile de Trente a créé, non pas directement, mais par voie de conséquence et d'in-

1. C. VIII, X, *De desp. imp.*, IV, 2; ci-dessus, tome I, p. 215.

2. Schulte et Richter, p. 222, nos 7, 8, 9.

3. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. I, disp. XX, n° 2 : « Si enim valeret contractus ut sponsalia, non essent omnimodo inhabiles, sed aliquo modo et essent habiles. »

4. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. I. disp. XX, n° 2 : « Quando actus non valet ut agitur, tunc valet eo modo quo valere potest, quando est defectus ex parte causæ efficientis, ut contingit in matrimonio impuberum : habet enim debitam formam, solum claudicans defectu ætatis contrahentium. Secus quando defectus contingit ex parte causæ efficientis et formæ, tunc enim prorsus corruit contractus ut bene Bartol. l. 1, § *Si quis ita*, n° 5, ff. *De verb. oblig.* »

terprétation, la théorie des mariages mixtes, si importante dans le droit canonique nouveau, et qui n'existait pas à proprement parler dans le droit canonique ancien.

Il s'agit de mariages entre chrétiens; mais l'une des parties seulement est catholique, l'autre appartient à une confession différente, c'est-à-dire est hérétique, au point de vue du droit canonique. Le mariage ainsi contracté n'est entaché d'aucun empêchement dirimant à raison de la qualité des personnes : pour que l'empêchement fondé sur le *dispar cultus* soit écarté, il suffit que les deux conjoints aient reçu le baptême, et le baptême n'en opère pas moins pour avoir été conféré par un hérétique ou un schismatique, comme l'a solennellement déclaré le concile de Trente[1]. Telle était la doctrine certaine avant le concile de Trente, et telle elle est restée depuis. Sans doute, des textes précis et une tradition constante interdisaient de semblables mariages, mais on ne voyait dans cette interdiction qu'un empêchement prohibitif, dont la théorie n'était pas même bien nettement construite. Cet empêchement, comme tous les autres de la même nature, avait assez peu d'importance tant que le mariage put se former par le simple consentement, sans l'intervention de l'autorité ecclésiastique : rien n'était plus aisé aux parties que de passer outre.

Mais avec la Réforme et le concile de Trente cette situation changea en fait et en droit. En fait, les hérétiques, dans l'Europe occidentale et centrale, furent représentés, non plus par des groupes isolés, perdus au milieu des populations catholiques, mais par des nations entières ayant la qualité d'États indépendants. En droit, là où le *decretum de clandestinis* avait

1. Sess. VII, *De bapt.*, c. IV (Schulte et Richter, p. 41) : « Si quis dixerit baptismum qui etiam datur ab hæreticis in nomine Patris et Filii et Spiritus Sancti, cum intentione faciendi quod facit Ecclesia, non esse verum baptismum : anathema sit. »

2. Bulle de Benoît XIV, du 19 février 1749, § 11 (Schulte et Richter, p. 553) : « Hoc siquidem impedimentum (disparis cultus)... neque vim ullam habet in matrimoniis eorum qui baptisma susceperunt, etsi alter catholicus, hæreticus alter fuerit, quum plane constet illicita illa quidem sed rata esse. » — Cf. Feije, *De impedimentis*, n° 567.

été dûment publié, il fallait, pour la validité du mariage en droit canonique, des formes spéciales, la présence du *parochus* et de deux témoins; et, par là même, tout empêchement simplement prohibitif prit une valeur nouvelle et très sérieuse, le représentant de l'autorité ecclésiastique ne devant point se prêter à la célébration du mariage, lorsqu'il existait un empêchement de cette nature. L'Église a donc dû dégager une doctrine précise sur les mariages mixtes : elle l'a fait en posant des règles générales très sévères, mais en les corrigeant ensuite par des tempéraments et des accommodements.

La première règle, c'est que, là où le concile de Trente est entré en vigueur, le mariage mixte n'est valable qu'autant qu'il a été célébré *coram parocho et testibus*. Si l'on considère le conjoint catholique isolément, cela est de toute évidence ; mais cela est également vrai si l'on considère isolément le conjoint acatholique. Cela vient de ce que, *jure canonico*, les chrétiens, hérétiques ou schismatiques, n'en s'ont pas moins soumis aux lois de l'Église catholique[1] : le fait du baptême rend nécessairement tout chrétien justiciable de l'Église, et il ne peut, en embrassant l'hérésie, se soustraire en droit à son empire[2]. Les hérétiques restent donc, au point de vue du droit canonique, soumis comme les catholiques aux lois de l'Église sur le mariage ; et cela est vrai, soit qu'ils contractent avec des catholiques, soit même qu'ils contractent entre eux. Cette dernière proposition n'a pas seulement une vérité

1. Concile de Trente, sess. VII, *De baptismo* (Schulte et Richter, p. 41), c. VII : « Si quis dixerit baptizatos per baptismum ipsum solius tantum fidei debitores fieri, non autem universæ legis Christi servandæ : anathema sit. » — C. VIII : « Si quis dixerit baptizatos liberos esse ab omnibus sanctis Ecclesiæ præceptis, quæ vel scripta vel tradita sunt, ita ut ea observare non teneantur, nisi se sua sponte illi submittere voluerint: anathema sit. »

2. Voyez la Congrégation du Concile (Schulte et Richter, p. 299, n° 176) : « In jure vero fas est prænotare quod, tametsi catholici cum hæreticis illicite quidem sed valide matrimonium contrahant... in locis tamen ubi decretum s. concilii Tridentini fuit promulgatum, formam ab eo præscriptam ipsi quoque hæretici, sive cum catholicis, sive inter se matrimonium celebrent, servare tenentur, quum nequiverint infelici hæresis præsidio a sacrorum canonum sanctionibus sese subtrahere. »

théorique, elle peut avoir, comme on le verra plus loin, une portée pratique très sérieuse : il faut supposer pour cela que deux conjoints hérétiques se convertissent au catholicisme; le mariage qu'ils auraient contracté, sans se conformer aux prescriptions du concile de Trente, devrait en principe être considéré comme nul par l'autorité catholique à laquelle ils se soumettent désormais. La question est la même si l'un seulement des conjoints hérétiques se convertit au catholicisme. Cette thèse, qui, nous le verrons, fut sérieusement contestée, a prévalu en doctrine et en jurisprudence[1].

La seconde règle, c'est que le mariage entre catholiques et hérétiques est prohibé par le droit canonique et que, par conséquent, le *parochus* catholique ne doit point se prêter à la célébration de semblables mariages. Cependant, cet empêchement prohibitif n'est pas immuable; la dispense peut en être accordée. Mais le droit d'accorder cette dispense, après controverse, a été réservé au pape; les évêques ne peuvent l'exercer qu'autant qu'ils ont reçu à cet égard une délégation expresse du saint-siège[2]. Cette dispense, étant une grâce, peut toujours être refusée; elle peut, à plus forte raison, être subordonnée à certaines conditions. La pratique de l'Église en a déterminé successivement un certain nombre.

Tout d'abord, la dispense paraît n'avoir été accordée que si

1. Congrégation du Concile (Schulte et Richter, p. 297, n° 174) : « In causa *Gedanen.*, quæ civitas est in Prussia, contracto matrimonio inter catholicum et hæreticum, non tamen coram parocho catholico, licet ipse in eo loco non deesset, ibique s. conc. Trid. observari soleret, die 4 sept. 1667. » N° 163, p. 291; n° 164, p. 292; n° 169, p. 293; n° 171, p. 293.

2. Benoît XIV, *De synodo diœcesana*, l. IX, c. III, n^os 2, 3 : « Facili negotio perspicere est hujuscemodi matrimonia licita aliter evadere non posse, præterquam in vim dispensationis a Romano pontifice obtentæ, exclusis episcopis, nisi a pontifice facultatem acceperint, ut super iisdem dispensare possint. Neque est ut hac in re contraria ulla consuetudo opponatur, quoties non adsit positiva dispensatio pontificis, quæ sane ex sola pontificum Romanorum scientia ac tolerantia deduci nullo modo potest. Qua de re cum olim in Congregatione S. Officii disceptatum fuerit, ea inter consultores et cardinales inquisitores sententia vicit, quæ pro pontificia steterat auctoritate. » Cf. décision de la Congrégation du Concile (Schulte et Richter, p. 292; n° 165).

la partie hérétique promettait d'abjurer l'hérésie[1]. Mais, dans le siècle présent, cette rigueur a été relâchée par la force même des choses ; le saint-siège n'exige plus l'abjuration pour accorder la dispense de l'*impedimentum mixtæ religionis* ; mais on la subordonne à un triple engagement pris par les conjoints : 1° L'époux acatholique doit promettre de laisser à son conjoint le libre exercice de la religion catholique ; 2° L'époux catholique doit promettre de faire tous ses efforts pour amener la conversion de son conjoint ; 3° L'engagement doit être pris par les époux que tous les enfants nés du mariage seront élevés dans la religion catholique[2]. D'après certains auteurs une quatrième condition serait aujourd'hui imposée, à savoir que les contractants, ni avant, ni après avoir comparu devant le prêtre catholique, ne se présenteraient devant le ministre schismatique[3]. Mais, dans tous les cas, cette dernière exigence devrait s'entendre avec discrétion et n'aurait point un caractère absolu. Lorsque, d'après la loi de l'État, le ministre schismatique fait fonction d'officier de l'état civil, les instructions des Congrégations permettent aux parties, qui contractent régulièrement un mariage mixte, de se présenter devant lui ; c'est seulement dans le cas contraire que cela leur est défendu[4].

1. Voyez deux constitutions de Benoît XIV, adressées au clergé de Pologne, l'une du 29 juin 1748, l'autre du 8 août 1748. Dans la première on lit (Schulte et Richter, p. 559) : « His veluti fundamentalibus apostolicæ sedis regulis ejusdem agendi ratio constanti usu recepta apprime respondet. Nam quoties ipsam adiri contingit... pro obtinenda simplici facultate contrahendi matrimonium inter personas quarum altera hæresim profitetur... neque licentia neque dispensatio conceditur, nisi hac expressa lege seu conditione, nimirum abjurata prius hæresi. »

2. Feije, *De impedim.*, n° 568 ; Laemmer, *Institutionen des katholischen Kirchenrechts*, 1886, p. 386 ; Richter-Dove-Kahl, *Lehrbuch des Kirchenrechts*, 8e édition, 1886, p. 1207. — On trouvera dans Sanguinetti, *Institutiones juris canonici privati*, p. 495, la formule de ces engagements et de la dispense.

3 Laemmer, *Institutionen*, p. 388 : « Dummodo nupturientes, neque ante neque post matrimonium coram parocho catholico initum, adeant ministrum schismaticum. » Voyez aussi Richter-Dove, p. 1207. — Feije n'ajoute pas cela, comme une condition formelle, aux trois premières conditions : *De impedim.*, nos 568 et 574.

4. Feije, *De impedim.*, n° 574 : « Ministrum hæreticum adire, lege ita jubente,

Lorsque, en vertu d'une dispense, le prêtre catholique assiste à la célébration d'un mariage mixte, il doit se borner à prêter une *assistentia mere passiva*, celle qui est suffisante pour la validité du mariage. Il ne doit point bénir l'union, qui ne doit point non plus être contractée dans l'église, *in loco sacro*[1].

Il faut ajouter d'ailleurs, d'après les canonistes contemporains, que l'Église, pour éviter de plus graves inconvénients, tolère parfois, dans certaines régions, la célébration des mariages mixtes devant le *parochus*, quoique les parties n'aient pas demandé la dispense de l'*impedimentum mixtæ religionis*, ou n'aient pas voulu prendre les engagements exigés : mais cette tolérance ne peut se fonder que sur une déclaration du saint-siège et ne peut s'étendre, d'un pays visé dans la déclaration, à un autre qui ne l'a pas été[2].

La partie juridiquement intéressante de cette théorie, c'est

nupturientibus licet, si mere civilem ministrum agat; sed eum adire tanquam ministrum religiosum est illicita cum hæreticis in divinis communicatio. » — Cf. Laemmer, *op. cit.*, p. 387; Richter-Dove, *Lehrbuch*, p. 1207. La distinction faite au texte est établie par une *Instructio S. R. et universalis Inquisitionis ordinariis communicanda* du 22 mars 1879, rapportée par Laemmer; voyez aussi des instructions antérieures dans Feije, *De impedim.*, n° 574.

1. Benoît XIV, *De synodo diœces.*, l. VI, c. v, n° 5 : « Hujusmodi matrimoniis sacerdotalem benedictionem impendendam non esse, neque missam in præsentia hæretici celebrari debere; nec matrimonium ipsum intra ecclesiæ ambitum contrahi; quoniam nihil illorum ad illius validitatem intervenire necesse est. » Feije, *De impedim.*, n° 571, p. 450; p. 451 : « Neque assistere licet in loco sacro, cujusmodi tamen per se non est sacristia, unde in nonnullis regionibus, ut in Gallia, excipitur consensus in sacristia, in aliis vero, ut in Belgia et Hollandia, in alio loco omnino profano sed decenti. » — Quant à la question de savoir si les bans doivent être alors publiés, voyez Feije, p. 451, texte et note 3.

2. Feije, *De impedim.*, n° 570 : « Quando absque dispensatione, vel omissis necessariis cautionibus earumve aliqua, matrimonium contrahere volunt, nullatenus cooperari potest parochus, sive proclamando, sive dando litteras dimissoriales, sive assistendo. In tristibus tamen aliquarum regionum circumstantiis, ad majora præcavenda mala, coactam tolerantiam interdum adhibuit et adhibet sedes ap. ita, ex. gr., ne coram magistratu civili vel ministro hæretico invalide ineatur matrimonium, tolerat in diversis Germaniæ partibus parochi assistentiam passivam... Verumtamen hujusmodi quævis tolerantia nec licitum reddit matrimonium nec invocari potest in aliis regionibus, pro quibus de ea non constat ex sedis ap. declaratione. «

la règle d'après laquelle les hérétiques comme les catholiques sont soumis, quant à leurs mariages, aux prescriptions du concile de Trente. Aussi, comme je l'ai dit plus haut, rencontra-t-elle des adversaires convaincus parmi les canonistes, et, si ceux-ci ne triomphèrent pas pleinement, leur opposition fit certainement admettre des tempéraments importants.

L'un des plus énergiques défenseurs de cette thèse fut le célèbre canoniste Van Espen. Il admettait comme pleinement valables en droit canonique les mariages contractés par des protestants, soit entre eux, soit avec des catholiques, devant un magistrat civil ou devant un ministre protestant. Il soutient cette proposition pour les mariages contractés en France, en Allemagne, et surtout dans les Provinces-Unies [1]. S'attachant spécialement à ces derniers, et adoptant les conclusions d'une thèse soutenue à Louvain par le docteur en théologie de Swaen, il invoque trois raisons pour établir la validité des mariages ainsi contractés par des protestants entre eux. C'est, d'abord, l'intérêt de l'Église et le salut des âmes; les conversions de semblables époux étant bien plus faciles à obtenir s'ils savent que leurs mariages seront reconnus et garantis par l'Église catholique. C'est, en second lieu, l'impossibilité morale pour les calvinistes de se conformer au concile de Trente, dans un pays où domine leur religion [2]. Enfin le concile de Trente n'a eu qu'un but, assurer la publicité du mariage, prohiber les mariages clandestins; or ce but est pleinement atteint lorsque deux protestants contractent devant le magistrat civil, ou devant le ministre protestant et plusieurs témoins [3]. Ayant ainsi établi la validité du mariage contracté entre protestants

1. *Jus ecclesiasticum universale*, part. II, tit. XII, c. v, n° 32 : « Matrimonia acatholicorum coram magistratu politico vel ministro acatholico contracta, etiam in locis ubi decretum Tridentinum fuit aliquando publicatum, esse valida, etsi nec desit copia parochi catholici, neque sic conjunctos ad Ecclesiam catholicam redeuntes esse urgendos coram parocho consensum renovare, non tantum in Gallia et Germania, sed in provinciis confœderatis ubi calvinistæ dominantur, jam a 20 et amplius annis communiter receptum fuit. »

2. *Op. et loc. cit.*, n°s 33, 34.

3. *Ibid*, n° 35 : « Tertia ratio... desumitur ex scopo ipsius decreti Tridentini,

dans cette forme, Van Espen déduit la validité des mariages mixtes, contractés de la même manière, de l'indivisibilité du mariage : le mariage, étant valable par rapport à l'époux hérétique, l'est nécessairement aussi par rapport à l'époux catholique [1].

La solution que soutenait Van Espen était désirable, et ce qu'il disait de l'opinion accréditée en Belgique et en Hollande était parfaitement exact [2]. Mais la thèse qu'il produisait ne pouvait pas être acceptée par les canonistes dans sa généralité ; elle eût conduit en dernière analyse, à faire considérer comme valable, *jure canonico*, tout mariage contracté suivant des formes, établies par la loi civile ou par un culte divergent, mais assurant la même publicité que celles prescrites par le concile de Trente. La solution proposée devait bien se faire accepter, mais en se faisant approuver et limiter par l'autorité du saint-siège.

Le pape Benoît XIV, qui devait l'adopter, nous apprend que la thèse qui l'emportait devant les tribunaux de la cour de Rome et devant la Congrégation du Concile, lorsque, jeune encore, il participait à leurs travaux, était celle qui considérait ces mariages comme nuls [3]. Mais, dès cette époque, il éprouvait une répugnance extrême à adopter cette opinion [4]. La ques-

qui est ut incommoda ex matrimonis clandestinis, quæ in foro externo probari non poterunt, provenientia evitarentur. Scopus autem his in provinciis obtinetur, dum matrimonia publice coram magistratu vel ministro acatholico et testibus contrahuntur, idque non aliter. »

1. *Ibid.*, n° 36.

2. Cela est constaté par la jurisprudence même de la Congrégation du Concile ; Schulte et Richter, p. 294, n° 171 : « Quod ubi unus contrahentium est catholicus, alter vero hæreticus, regulariter conjunctio non fiat coram parocho catholico, hocque non obstante habetur inibi contractus validus juxta assertam decisionem olim factam a S. C. Inquisitionis, tempore Castoriensis. »

3. *De synodo diœces.*, l. VI, c. VI, n° 5 : « Cum autem in Romanæ curiæ tribunalibus et cardinalium congregationibus, occasione quarumdam causarum matrimonialium, super hoc quæstionis capite deliberatum esset, negari nequit illis ut plurimum magis arrisisse priorem opinionem quæ eorum matrimoniorum nullitatem tuetur. »

4. *Ibid.* : « Nos quidem cum plurium annorum spatio, antequam ad majores

tion fut alors posée nettement par l'évêque d'Ypres. Dans un rapport sur l'état de son église, qu'il rédigea sur la demande du Saint-Siège, il insistait pour que la papauté établît une règle certaine sur la valeur des mariages ainsi contractés *in fœderatis Belgii regionibus*. La cause fut mise à l'étude sous le pontificat de Clément XII, mais ne put recevoir alors de solution. Benoît XIV, à son avènement, trouva les choses en cet état, et ouvrit le débat devant la Congrégation du Concile, où il recueillit les opinions données de vive voix, le 13 mai 1741 [1]. Conformément à l'opinion personnelle du nouveau pontife, les cardinaux statuèrent unanimement dans le sens de la validité de ces mariages, mais tous ne se déterminèrent point par les mêmes raisons [2]. Il se forma même, comme le rapporte le pape, quatre opinions. Les uns invoquaient simplement une raison d'utilité : l'intérêt de la religion et la facilité plus grande pour amener la conversion des hérétiques [3]. D'autres, tout en reconnaissant que le décret du concile avait été publié dans les Pays-Bas par l'autorité des princes espagnols, pensaient qu'il n'avait pas alors été individuellement publié dans chaque paroisse : la publication exigée pour sa mise en vigueur n'avait donc jamais eu lieu dans les localités occupées par des hérétiques [4]; et, par suite, pour eux, le droit canonique ancien devait être considéré comme maintenu. Les deux dernières opinions se fondaient sur des considérations plus pénétrantes. D'un côté on disait que la question, telle qu'elle se présentait, n'avait pas été littéralement résolue par le concile de Trente :

dignitates ascenderemus, munera tum secretarii Congregationis Concilii Tridentini interpretis, tum doctoris in decretis in Pœnitentiariæ Apostolicæ Officio, tum etiam consultoris Supremæ Inquisitionis exercuerimus, memoratarum causarum discussioni interfuimus, sed nunquam illi opinioni acquiescere potuimus. »

1. *De synodo diœces.*, l. VI, c. VI, n° 5.

2. *Ibid.*, n° 7 : « In quo sane conformia fuerant suffragia eorum qui in Congregatione convenerant : et licet alii alia via insisterent, omnes tamen ad eamdem metam eumdemque finem pervenerunt, ut pro validitate matrimonii sententiam ferrent. »

3. *Ibid.*, n° 10.

4. *De synodo diœces.*, l. VI, c. VI, n° 7.

celui-ci n'avait visé directement que les pays catholiques, et n'avait point expressément compris dans son décret les nations hérétiques, présentes et futures [1]. Il fallait donc se rapporter à l'esprit du décret. Or celui-ci, on l'a vu plus haut [2], en exigeant la publication dans chaque paroisse avait eu pour but de ménager les protestants, de ne point les exaspérer par les conséquences trop rudes des décisions prises. Cela conduisait à reconnaître la validité des mariages actuellement en discussion. Enfin, les derniers admettaient la validité, quand même il eût été démontré que, sous la domination espagnole, le décret eût été dûment publié dans chaque paroisse. Ils considéraient en effet que, par suite de la Réforme et des événements politiques qui en avaient été la conséquence, il s'était formé dans ces pays deux sociétés religieuses, l'une catholique et l'autre hérétique, qui vivaient mêlées dans le même pays. La publication, qui avait pu être faite avant que fût formée la société hérétique, ne pouvait donc obliger celle-ci [3].

Cette délibération solennelle aboutit à une *declaratio* de Benoît XIV, du 4 novembre 1741, qui reconnaissait valables les mariages contractés sans la forme prescrite par le concile de Trente *in locis fœderatorum ordinum dominio subjectis*, soit entre hérétiques, soit entre hérétiques et catholiques [4]. La déclaration maintient expressément sous l'empire du droit commun les mariages qui seraient contractés entre catholiques

1. *Ibid.*, n° 9 : « Ulterius autem decretum non progredi neque declarare an ejusmodi lege heterodoxæ societates, quæ tunc essent atque aliæ, quæ in posterum efformari possent, comprehendi deberent. »

2. Ci-dessus, tome II, p. 190.

3. *De synodo diœces.*, l. VI, c. VI, n° 8 : « Duas reputabant hominum societates, inter se plane distinctas, per occasionem et in sequelam illiusmet defectionis efformatas fuisse, alteram catholicam et alteram hæreticam, quæ nunc invicem permixtæ in iisdem regionibus versantur. Quapropter, etiamsi ante civiles motus publicatum fuisset decretum, de quo agitur, cum nondum exorta neque ibi constituta tunc esset altera illa hæreticorum societas, hæc ipsis minime videbatur ejusmodi decreti publicatione adstringi potuisse. »

4. Schulte et Richter, p. 324 ; on trouve dans ce recueil toutes les pièces de cette cause célèbre, p. 298 et suiv., n° 176. — Cf. *De synodo diœces.*, l. VI, c. VI, n°s 5, 12.

dans les Provinces-Unies[1], et Benoît XIV se refusa formellement à leur étendre le même privilège sous forme d'indult[2].

Sur quels motifs Benoît XIV fonda-t-il sa déclaration ? Cela est assez difficile à déterminer, puisque lui-même rapporte, sans se prononcer à cet égard, les quatre opinions distinctes qui s'étaient produites dans la Congrégation du Concile. Cependant, dans une bulle postérieure, celle du 9 février 1749, précédemment citée, il est dit que la déclaration de 1741 repose sur cette idée que le concile de Trente n'a pas eu l'intention d'étendre l'empêchement dirimant de clandestinité aux mariages dont il s'agissait alors[3]. Cela s'applique exactement aux mariages contractés entre protestants dans les Provinces-Unies. Quant à la validité des mariages mixtes contractés dans les mêmes régions, Benoît XIV, dans son traité *De synodo diœcesana*, la rattache à l'indivisibilité du mariage. Le mariage clandestin, étant valable par rapport au conjoint hérétique, l'est également par rapport au conjoint catholique[4]. Mais cette dernière justification, qui était déjà celle fournie par Van Espen, et que Benoît XIV donne comme docteur, non comme législateur, est contestée par certains canonistes modernes[5].

De ces motifs, il semble résulter que, là où les conditions sociales et religieuses et les précédents historiques sont les mêmes que ceux constatés dans les Provinces-Unies, le droit

1. Schulte et Richter, p. 326.

2. *De synodo diœces.*, l. VI, c. VI, n° 13 : « Extensio autem decreti ad catholicorum matrimonia idcirco absurda et mali exempli extitisset... quod... Tridentini concilii decretum... in peculiaribus eorum parochiis, saltem postquam provinciæ fœderati Belgii a catholici principis dominatione in hæreticorum potestatem transierunt, publicatum fuisse constet. »

3. Schulte et Richter, p. 554 (§ 17) : « Ex verissimis siquidem argumentis conjecturisque probatum est concilium Tridentinum, quum novum illud dirimens impedimentum constituit, decretum suum ad ea matrimonia non extendisse quæ disceptationi a nobis a. 1741 solutæ occasionem dedere. »

4. L. VI, c. VI, n° 12 : « Quoniam, cum conjugum alter, tum ratione loci in quo habitat, tum ratione societatis in quo vivit exemptus sit a Tridentinæ synodi lege, exemptio qua fruitur alteri parti communicata remanet, propter individuitatem contractus. »

5. Feije, *De impedimentis*, nos 315-318.

contenu dans la déclaration de Benoît XIV doit être considéré comme applicable. Cependant le saint-siège a décidé que la déclaration ne serait applicable que là où une décision pontificale en aurait expressément étendu les effets[1]. Mais, de cette manière, la déclaration a été successivement étendue à un grand nombre de pays protestants[2].

Le droit canonique moderne a trouvé, d'ailleurs, plus d'un détour pour considérer comme valables les mariages clandestins contractés par des protestants en pays protestant. Le procédé le plus fréquent consiste à considérer comme douteuse la publication régulière du concile de Trente dans le pays. Tantôt il n'est pas démontré que la publication ait été dûment faite dans les temps anciens; tantôt les publications qui ont été faites, dans les temps modernes, pour les paroisses des catholiques, sont considérées comme n'obligeant pas les protestants qui habitent le même pays[3]. L'idée exprimée dans la bulle de Benoît XIV, que le concile de Trente n'a pas entendu étendre l'empêchement de clandestinité à tous les mariages contractés dans les états hérétiques, permet bien des accommodements[4].

Benoît XIV, dans son traité *De synodo diœcesana*, examine aussi, quant à l'*impedimentum mixtæ religionis* et quant au mariage des hérétiques, une question dont l'importance a été très grande, avant l'institution de l'état civil, dans les pays catholiques où les protestants étaient tolérés en fait, sans que l'exercice de leur culte leur fût accordé en droit. Les protestants, dans ces conditions, n'avaient qu'un moyen de contracter des

1. Feije, *De impedim.*, n° 309 : « Sæpius edixit sedes ap. declarationem Benedicti non posse aliis regionibus applicari, nisi hoc ipsa s. sedes pronuntiaverit et Benedictinam declarationem ad eas regiones extenderit. »

2. Schulte et Richter, p. 326, n° 177. — Feije, *De impedim.*, n° 322 et suiv.

3. Feije, *De impedim.*, n° 309 et suiv.

4. Feije, *De impedim.*, n° 309 : « Longa itaque de validitate matrimoniorum ab hæreticis initorum disputatio impune, imo opportunius hic omittitur, quum manifestum sit ejusmodi matrimonia non posse de facto generaliter dici invalida nec generaliter valida, sed eorum validitatem omnino pendere ex circumstanciis in quibus hæretici versantur. »

mariages légitimes, c'était de cacher leur foi véritable et de se présenter devant le *parochus* pour contracter comme catholiques, soit qu'ils contractassent entre eux ou avec une partie véritablement catholique[1]. Alors qu'aucune dénonciation ou opposition n'avait été faite, le prêtre, qui connaissait, par devers lui, la qualité réelle des parties, devait-il prêter son ministère? D'après une opinion, il devait se taire et assister au mariage, car, disait-on, même l'eucharistie n'est pas refusée aux pécheurs occultes, lorqu'ils se présentent pour la recevoir[2]. C'est la conduite que le clergé tint tout d'abord en France à l'égard des protestants, après la révocation de l'édit de Nantes, et lorsque les déclarations royales du commencement du XVIII[e] siècle eurent posé cette présomption légale qu'il n'y avait plus de protestants en France, mais seulement des anciens catholiques et des nouveaux convertis[3]. Mais cela était énergiquement contesté d'un autre côté. Benoît XIV, visant directement le cas d'un mariage mixte, projeté entre une catholique et un hérétique occulte, invoque le principe d'après lequel le *parochus* doit refuser son assistance au mariage, toutes les fois qu'il y connaît, même simplement de science privée, un empêchement seulement prohibitif[4]. Mais sa doctrine va plus loin; car, pour la justifier, il invite les évêques à faire des statuts synodaux, d'après lesquels les personnes

1. *De synodo diœces.*, l. VI, c. VII, n° 6 : « Loca non desunt, in quibus etiamsi alia religio, præter sanctam catholicam Romanam, non toleretur complures tamen occulte vivunt ab illius communione extranei, qui catholicorum præ se speciem ferentes matrimonia cum catholicis ineunt; eaque occasione catholicus parochus arcessitur, qui matrimonii celebrationi assistat, licet hic privata scientia satis superque compertum habeat alterum ex contrahentibus hæreticum esse. »

2. *Ibid.* : « In arduis hujusmodi circumstanciis, sunt qui contendant debere parochum, nulla opposita difficultate vel mora, matrimonio assistere nec in occultam contrahentium fidem subtilius inquirere, quamvis matrimonium inter sacramenta vivorum connumeretur; cum etiam eucharistia, quæ vivorum sacramentum est, peccatoribus occultis, cum ad eam recipiendam publice accedunt, non denegetur, juxta doctrinam sancti Thomæ. *III part.*, quæst., 80, art. 6. »

3. *Mémoires sur le mariage des protestants*, 1785 et 1786.

4. *Ibid.* : « Contra autem alii reputantes, quod in sacramento matrimonii, tenetur parochus suam assistentiam denegare, si noverit privata etiam scientia

soupçonnées d'hérésie occulte ne seraient admises à recevoir les sacrements, et spécialement celui de mariage, qu'après avoir justifié de leur foi catholique d'une manière déterminée[1]. C'était rendre impossible les mariages des protestants de fait devant le curé catholique. Les curés refusèrent en effet en France, au cours du XVIII[e] siècle, de célébrer de semblables unions, bien que les protestants n'eussent plus d'autre manière de contracter un légitime mariage. L'autorité de Benoît XIV, adoptant cette seconde opinion[2], fut peut-être d'un grand poids dans ce revirement de la pratique suivie par le clergé français.

impedimentum aliquod adesse, nedum dirimens, sed vel dumtaxat impediens, ut puta sponsalia cum aliis præcedenter contracta vel votum simplex castitatis ab alterutro contrahentium emissum... eadem ratione docent atque contendunt se debere gerere parochum, qui advocatur ad assistendum matrimonio, in quo ipsi constat, quantumvis privata scientia, alterum ex contrahentibus, pro orthodoxo publice habitum, hæreticæ sectæ occulte adhærere. »

1. *Ibid.*, n° 7 : « Episcopis, in quorum diœcesibus hæretici, cum publice versari non permittantur, occulte vivunt, magnopere suademus ut sive in synodis, sive alia quacumque opportuna ratione, certas præscribant regulas de his quæ præstari debeant ab illis omnibus qui occultæ hæresis suspicione laborant, antequam parochi ad sacramenta illos admittant, atque adeo antequam eorum matrimoniis assistant. »

2. *De syn. diœces.*, l. VI, c. VII, n° 7 : « Altera sententia non solum priore tutior sed etiam communior est. »

CHAPITRE V

La théorie des anciens empêchements. — Les actions en nullité.

Section première : *Les empêchements dirimants visés par le concile de Trente.* — I. L'*impedimentum voti et ordinis.* — II. Le *raptus* ; les mariages contractés par ordre des puissances temporelles. — III. Les empêchements fondés sur la parenté et l'alliance : La *consanguinitas* ; la *cognatio spiritualis* ; l'*affinitas ex copula illicita* ; la *justitia publicæ honestatis.*

Section deuxième : *Les empêchements dirimants non visés par le concile de Trente.* — I. Le *dispar cultus.* — II. L'impuissance, la constitution de Sixte-Quint. — III. La preuve par le congrès. — IV. La jurisprudence moderne sur l'impuissance.

Section troisième : *Les empêchements prohibitifs.* Le *tempus feriarum.* Les autres empêchements prohibitifs.

Section quatrième : *Les actions en nullité.* La compétence exclusive de l'évêque. — La constitution de Benoît XIV ; le *defensor matrimonii* ; la nécessité de deux jugements conformes.

La réforme capitale opérée par le concile de Trente dans la théorie du mariage est celle dont je me suis occupé jusqu'ici : la prohibition et l'annulation des mariages clandestins. Mais, à côté du nouvel empêchement qu'il créait ainsi, le concile a également visé un certain nombre des empêchements existant dans le droit antérieur, soit simplement pour les confirmer en face des attaques nouvelles, soit pour en modifier les règles. D'autre part, les empêchements sur lesquels n'a pas statué le concile ne sont pas tous restés purement et simplement sous l'empire du droit ancien : quelques-uns ont été modifiés, d'une manière plus ou moins profonde, par la législation pos-

térieure ou par la jurisprudence. Ce sont là autant de points qui demandent des explications. J'étudierai d'abord les dispositions du concile sur les empêchements dirimants; j'examinerai ensuite les empêchements dirimants qu'il a passés sous silence, mais qui cependant ont subi des retouches postérieures de quelque importance; je parlerai enfin des empêchements prohibitifs. J'y joindrai quelques renseignements qui concernent les actions en nullité de mariage.

SECTION PREMIÈRE

Les empêchements dirimants visés par le concile de Trente.

Le concile de Trente, par une disposition générale, qui est l'un de ses canons, a confirmé dans son ensemble la théorie des empêchements dirimants, telle que l'avait construite le droit canonique. Il déclare que l'Église a eu le pouvoir de les établir et qu'elle n'a point erré en les établissant; il lance l'anathème contre ceux qui professeraient l'opinion contraire[1]. C'était la réponse aux attaques des écoles protestantes, spécialement aux critiques de Calvin citées plus haut[2]. Mais il reprend à nouveau un certain nombre d'empêchements particuliers : l'un, pour lui donner une confirmation spéciale, les autres, pour les modifier.

I

Parmi les empêchements dirimants fondés sur une idée d'incapacité, le concile de Trente n'en a visé que deux, qu'il a compris dans une seule et même disposition : l'*impedimentum voti solemnis* et l'*impedimentum ordinis*. Il s'agissait pour

1. Sess. XXIV, *De sacr. matr.* (Schulte et Richter, p. 214) c. IV : « Si quis dixerit Ecclesiam non potuisse constituere impedimenta matrimonium dirimentia vel in iis constituendis errasse : anathema sit. »

2. Tome II, p. 135.

lui de statuer sur la question du célibat des prêtres, qu'avaient rouverte les discussions du XVe siècle et la Réforme. A ce point du développement historique de l'Église catholique, la solution n'était point douteuse. Le concile frappa d'anathème ceux qui prétendaient que les clercs *in sacris*, ou les religieux ayant prononcé un vœu solennel de chasteté, pouvaient contracter un mariage valable. Il visa en même temps les raisonnements par lesquels les hérétiques attaquaient le célibat forcé, disant que c'était condamner le mariage, et que le don de chasteté n'était pas donné à tous, même à ceux qui le désiraient[1].

Cette solution, je le répète, était dictée d'avance au concile. Cependant, dans les discussions des *theologi minores*, le débat sur ce point fut très ample[2]; mais il s'agissait seulement de justifier, contre les raisonnements protestants, une thèse acceptée par tous[3].

Plusieurs orateurs affirmèrent, il est vrai, que le pape ou le concile œcuménique pouvaient abroger par disposition générale

1. Sess. XXIV, *De sacr. matr.* (Schulte et Richter, p. 215) c. IX : « Si quis dixerit clericos in sacris ordinibus constitutos vel regulares castitatem solemniter professos posse matrimonium contrahere, contractumque validum esse, non obstante lege ecclesiastica vel voto, et oppositum nihil aliud esse quam damnare matrimonium, posseque omnes contrahere matrimonium, qui non sentiunt se castitatis, etiam si eam voluerint, habere donum : anathema sit, cum Deus id recte petentibus non deneget nec patiatur nos supra id quod possumus tentari. »

2. Theiner, *Acta*, II, p. 251-262.

3. D'après Paolo Sarpi, dans cette discussion, des voix se seraient élevées pour la suppression de la loi du célibat; l. VII, c. LXX : « Si trascorse a parlar, se fosse ben in questi tempi dispensare, ovvero levar il precetto della continenza a sacerdoti... Furono dette molte ragioni a persuader che fosse concesso, le quali se resolvano in due : nel scandalo che davano li sacerdoti incontinenti, e nella penuria di persone continenti, atte ad esercitar il ministerio ; ed era in bocca di molti quel celebre detto di papa Pio II, *che il matrimonio per buona ragione fu levato della Chiesa occidentale a preti, ma per ragione più potente conveniva renderglielo.* Da quelli di contrario parere si diceva, che non è da savio medico guarir un malo con causarne un peggiore. » — Mais les *Acta* de Theiner, tout en contenant parfois quelques-unes des considérations relevées dans ce passage, ne montrent aucun orateur prenant en main la cause du mariage des prêtres.

la loi du célibat[1]; mais ils contestaient l'utilité de cette abrogation. A peine quelques-uns admettaient-ils que la règle pouvait être écartée en faveur d'un pays déterminé et par mesure générale, s'il n'y avait pas d'autre moyen de maintenir ou de rétablir l'union avec l'Église catholique[2]. C'est à peu près dans le même sens qu'on reconnaissait la légitimité de la discipline suivie par l'Église orientale[3].

D'ailleurs, dans ce débat, l'on ne discuta pas à fond les inconvénients que présentait en fait, au point de vue social, le célibat forcé et qu'avaient si nettement signalés les auteurs du XV^e^ siècle.

On répondait aux objections de cette nature par des considérations générales, sur les abus inévitables qu'entraîne la meilleure législation[4].

Mais si le concile n'hésita aucunement sur le maintien de la

1. *Ferd. Tricius* (Theiner, *Acta*, II, p. 259) : « An autem papa vel concilium possit abrogare hanc legem, et dispensare cum presbytero ut ducat uxorem, respondit papam et concilium hoc posse. Nam, circa legem humanam, papa et concilium potest dispensare; cælibatus autem sacerdotum est de jure ecclesiastico... An autem expediat dispensare hoc quæsitum datum est quia aliqui tenent hoc esse dispensabile; respondit non expedire, quia non expedit agere contra consuetudinem Ecclesiæ et decreta majorum. » — *Ricardus de Prato*, II, 252 : « An autem expediat hunc canonem Ecclesiæ super continentia relaxare et dispensare, respondit : in universum relaxari non potest. Nam corpus mysticum Christi oportet ut habeat omnia dona Spiritus Sancti... neque enim majorum statuta abrogari sed firmari debent. » — Cf. *Michael de Medina* (II, p. 253) : « Est indispensabile in universali, id est de abrogatione legis, non autem cum privatis. ».

2. *Franciscus Ferrerius* (Theiner, *Acta*, II, p. 258) : « Si nullum igitur aliud remedium esset, ut aliqua provincia reduceretur, Ecclesia potest dispensare cum sacerdotibus ut ducant uxores, et qui hoc negat suspectus est de hæresi. » — Cf. *Claudius de Saintes*, II, 255 : « Potest tamen Ecclesia aliquos tolerare, et dissimulare propter majus bonum, ut fit cum Græcis. »

3. *Desiderius de S. Martino* (Theiner, *Acta*, II, p. 257) : « Cum Græci in concilio Florentino uniti sunt cum occidentalibus, nulla mentio facta est de uxoribus sacerdotum. Non est autem verisimile, si Ecclesia credidisset Græcos uxoratos permanere in peccato, quod aliquid dictum non fuisset. »

4. *Didacus de Payva* (Theiner, *Acta*, II, p. 262) : « Et cum opponunt sacerdotes non observare de facto continentiam, dixit : huic argumento respondendum esset operibus non verbis. Præterea leges non sunt conferendæ cum abusibus, sed cum decentia status, ut alia munia sacerdotum, ut orare,

règle, il pouvait hésiter quant au principe qui lui servait de fondement. C'était un point assez important et qu'il devait déterminer : à cet égard, en effet, deux conceptions bien distinctes étaient produites et divisaient les théologiens et les canonistes.

D'après l'une, soutenue surtout par des théologiens, le célibat des prêtres et *l'impedimentum ordinis* sont de droit divin. Ils reposent sur une incompatibilité naturelle, établie par la loi divine, entre le mariage et le sacerdoce. Cette thèse, qui compte des partisans assez notables [1], trouva des défenseurs au concile, mais en petit nombre [2]. Ils dégagèrent les conséquences assez importantes qui en résultent au point de vue juridique. La plus notable, c'est que la règle, étant conçue comme dérivant du droit divin, ne pourrait être abrogée par l'autorité ecclésiastique; l'Église n'aurait pas le droit de supprimer le célibat des prêtres [3]. On pouvait aussi, d'après les règles de la logique, en déduire l'impossibilité, même pour le pape, d'accorder la dispense de cet empêchement; mais, sur cette conséquence, tous ceux qui soutenaient le principe n'é-

prædicare, etc., quæ non sunt auferenda, quia a multis non præstantur, vel, quia multi perjurant, amovendum sit juramentum. » — *Justinopolitanus*, II, 349 : « Et dixit contra eos qui dixerunt : loquantur cubicula regularium an servetur castitas, allegans Augustinum dicentem : quando fideliter oramus semper datur donum castitatis. »

1. Voyez les auteurs cités par Sanchez, *De sacr. matr.*, l. VII, disp. XXVII, n° 4.

2. *Ricardus de Prato* (Theiner, *Acta*, II, p. 251) : « Ad art. I, an sacerdotes cælibes esse debeant, respondit id esse juris divini ut cælibes maneant, sed dispensabilis... ut ea quæ habentur ex communi consensu et auctoritate Ecclesiæ sint de jure divino, sicuti multa quæ tantum habentur auctoritate Ecclesiæ, ut jus divinum servatur scilicet universalis Ecclesiæ consensus. » — *Michael de Medina*, ord. præd., II, p. 253 : « Quoad art. I, cælibatus est annexus sacerdotio... sacerdotes igitur post ordinem susceptum jure divino et apostolica traditione prohibentur ducere uxores. Uxorati autem tenentur abstinere ab uxoribus ordine ecclesiastico. » — *Virdunensis*, II, 321 ; — *Senonensis*, II, 393 : « Ubi dicitur lege ecclesiastica, dicatur sacra ordinatione. »

3. *De Prato* (Theiner, *Acta*, II, p. 252) : « An autem expediat hunc canonem Ecclesiæ super continentia relaxare et dispensare, respondit : in universum relaxari non potest... Nam Patres in Ephesina synodo ante omnia antiquos canones renovarunt non abrogarunt, quod facere debet etiam concilium Tridentinum. » — *Medina*, II, 253 : « In utroque casu est indispensabile in universali, id est de abrogatione legis, non autem cum privatis. »

taient pas d'accord[1]. C'est un point que nous retrouverons plus loin.

L'autre conception porte que le célibat des prêtres et l'*impedimentum ordinis* ne sont point de droit divin et ont été simplements introduits par la loi humaine de l'Église, *lex ecclesiastica*. Il en résulte que cette législation pourrait défaire ce qu'elle a fait et supprimer le célibat ecclésiastique ; il en résulte aussi que, sans difficulté, le pape peut accorder la dispense de l'*impedimentum ordinis*. Cette thèse présentait encore le double avantage de se concilier avec le développement historique[2], et de permettre à l'Église romaine une tolérance sage et politique des usages de l'Église grecque. C'est elle qui compte dans la doctrine le plus grand nombre de partisans[3]. C'est en sa faveur que se prononcèrent les principaux orateurs dans les congrégations des *theologi minores*[4].

C'est sûrement cette opinion que le concile a entendu con-

1. *De Prato* (Theiner, *Acta*, II, p. 251) : « Cum dicunt continentiam sacerdotum haberi ex traditione apostolica, ergo de jure divino, ergo indispensabile : respondit id non sequi ; nam multa dispensantur quæ sunt ex traditione apostolica ut jejunium quartæ feriæ, Quadragesimæ, bigamiæ, super quibus dispensatur ; ut etiam quod mulier oret aperto capite et similia. » — Cf. les notes suivantes.

2. *Brochot*, doctor Parisiensis (Theiner, *Acta*, II, p. 254) : « Votum enim pedetentim Spiritus Sancti instinctu... introductum est. »

3. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. VII, disp. XXVII, n° 5.

4. *Franc. Ferrerius* (Theiner, *Acta*, II, p. 257) : « Neque enim est de jure divino scripto neque jure divino ex traditione. Nam vera traditio habetur a summis pontificibus qui non existimarunt id esse ex jure divino. Ergo id non est ex jure divino. Neque possibile est Ecclesiam novam aliud credere quam crediderit Ecclesia vetus : Ecclesia autem vetus non credidit id esse de jure divino... Et cum Græci in concilio Florentino uniti sunt cum occidentalibus, nulla mentio facta est de uxoribus sacerdotum. Non est autem verisimile si Ecclesia crediderit Græcos uxoratos permanere in peccato quod aliud dictum non fuisset. Prætera papæ super matrimonio sacerdotum dispensarunt, quod non fecissent si jure divino fuisset, et B. Thomas credidit esse jure humano et idem Chrysostomus in homilia *De patientia Job*... Ecclesia igitur illegitimavit personas, et sicut fecit ut ea illegitimatio esset annexa ordini, ita posset Ecclesia illam illegitimationem amovere ; potest igitur papa dispensare cum sacrato homine ut matrimonium contrahat. » — *Ant. Solisius*, II, p. 250 : « Non igitur ordo sacer ex se repugnat matrimonio sed ex statuto Ecclesiæ, quod statutum papa relaxare potest. » — *Joh. Lebera*, p. 255 : « Si autem ordinatus de facto contra-

sacrer; cela résulte des termes du canon 9, *De sacramento matrimonii*, plus haut cité[1], qui fait dériver de la loi ecclésistique la nullité du mariage contracté par le clerc *in sacris constitutus*[2].

Mais il y a lieu de se demander si le concile a pris également parti sur une autre question. Les canonistes anciens avaient, nous le savons[3], deux explications pour asseoir juridiquement l'*impedimentum ordinis*. Suivant les uns, il dérivait d'une disposition directe et impérative de la *lex ecclesiastica*, qui rendait le clerc incapable de se marier dès qu'il recevait l'ordre de sous-diacre. Selon les autres, la nullité du mariage dérivait ici du vœu solennel de chasteté, que le clerc était pré-

heret matrimonium non teneret, sed non de lege divina, quæ prohibet quidem contrahendum in ordinatis, sed non dirimit contractum : ille tamen peccaret sic contrahens, quia faceret contra legem divinam, quæ tamen non dirimit contractum. Neque etiam hujusmodi matrimonium esset nullum ratione voti, ut si quis fictive voveret in ordinatione habens intentionem contrahendi. Tale autem matrimonium nullum est propter legem ecclesiasticam illegitimantem, sicut est in gradibus prohibitis. Conjugatis autem licuit et licet transire ad ordines, sed non licere neque unquam licuisse post ordinem susceptum uti uxoribus. Nam si liceret, non est ratio differentiæ quare non liceat ordinatis contrahere. » — *Ferd. Tricius*, II, 258 : « Non est igitur ex institutione Christi ordini sacro cælibatus annexus. Nam Christus elegit apostolos uxores habentes... In primitiva etiam Ecclesia admittebantur uxorati ad ordinem sacrum, neque dicendum est Ecclesiam fecisse contra Christi institutionem, et Græci etiam non permitterentur, si facerent contra Christi institutionem, et nonnulla concilia de sacerdotibus uxoratis constituerunt, quod non fecissent si id esset de jure divino. Post divulgatum autem decretum Ecclesiæ id constituentis, cælibatus est annexus ordini sacro, ut Beda super verbis Christi: qui potest capere capiat, declarat; nam qui ordinatur consentit voto continentiæ. »

1. Tome II, 244, note 1.

2. *Contractumque validum esse non obstante lege ecclesiastica.* — Cependant il est intéressant de relever sur ce point une observation finale du cardinal de Lorraine; Theiner, *Acta*, II, p. 463 : « In 9 canone non placet quod dicitur, non obstante lege ecclesiastica; si tamen majori parti Patrum placuerit, approbabo canonem, sed eo sensu, quo scriptus est et a Patribus approbatus, quorum hanc mentem fuisse non animadverti, ut vellent decernere legem cælibatus esse legem ecclesiasticam, cum nec proposita fuerit hæc quæstio, nec a Patribus disputata; sed tantum verba Lutheri posita fuerint, videlicet non obstante lege ecclesiastica, vel voto, cujus error ipsius verbis positus juste fuit a Patribus damnatus. »

3. Ci-dessus, tome I, p. 298.

sumé avoir toujours prononcé en entrant dans les ordres sacrés. Sans avoir une grande importance, cette divergence n'était pas cependant indifférente : si l'empêchement ne dérive que du vœu tacite ou exprès, on peut se demander si l'ignorance, ou une volonté contraire, quant à ce vœu, chez le clerc ordonné n'aura pas pour effet de faire disparaître l'*impedimentum*[1]. De ces deux explications, celle qui prévalait dans le droit antérieur, c'était la seconde; et des décrétales avaient formellement rattaché au *votum* l'incapacité du prêtre de contracter mariage[2]. Dans les travaux préparatoires du concile de Trente, les deux conceptions se retrouvèrent côte à côte[3]. Il semble cependant que ce soit la première, celle qui fait directement intervenir la *lex ecclesiastica*, qui a été adoptée par lui. Sans doute, le canon mentionne le *votum* à côté d'elle, comme cause de nullité du mariage contracté[4], mais ces deux termes doivent être entendus distributivement. Le texte visant à la fois dans une seule disposition, le mariage contracté par un clerc *in sacris constitutus*, et celui contracté par un religieux *solemniter castitatem professus*, la *lex ecclesiastica* se rapporte au premier et le *votum* seulement au second. On peut cependant objecter, que, pour le clerc *in sacris*, le *votum* est tacite et présumé, et que cette présomption a été introduite par la *lex ecclesiastica*, qui n'a ainsi introduit que médiatement l'*impedimentum*.

Pour déterminer la portée du canon sur le mariage des prêtres, deux observations sont encore nécessaires.

En premier lieu, la condition, quant au mariage, des clercs *in minoribus ordinibus constituti* n'a point été modifiée. Ils

1. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. VII, disp. XXVII, nos 10, 11.

2. C. vi, X, *De cler. conj.*, III, 3; c. un. VI, *De voto*, III, 15.

3. Voyez pour la *lex ecclesiastica* le passage de *Lobera* cité plus haut (tome II, p. 244, note 4); pour le *votum*, *Brochot* (Theiner, *Acta*, II, p. 253) : « Quod autem in ordinatione sacerdotum adsit votum, patet ex verbis ordinantis, cum dicit : Si promittitis castitatem ordinabimini, sin autem, etc. Quod explicatur in c. *Nullum*, D. XVIII. »

4. « Contractumque validum esse non obstante lege ecclesiastica vel voto. »

peuvent toujours valablement contracter mariage, et le concile, dans une disposition qui a pour objet de restaurer les fonctions des ordres mineurs, localement tombées en désuétude, déclare qu'elles pourront être remplies par des clercs mariés à défaut de célibataires[1]. Dans un autre passage, il statue sur les conditions qui sont exigées pour que les clercs mariés jouissent du *privilegium fori*[2].

Secondement, le canon du concile ne contient point la condamnation des usages propres à l'Église grecque. Le célibat n'étant fondé que sur la *lex ecclesiastica*, la coutume a pu introduire pour cette Église un droit contraire. Dans les articles présentés aux *theologi minores*, il y avait même une réserve formelle dans ce sens au profit de l'Église orientale[3] : elle se retrouvait aussi dans le projet présenté en première lecture aux Pères du concile[4]. Mais il fut fait quelques observations. On fit remarquer, en particulier, que la proposition contenue dans le canon était vraie, même des prêtres orientaux : en effet, elle avait pour but principal d'affirmer la nullité du mariage contracté par le clerc *in sacris* ; or, nous le savons, l'Église orientale professe la même doctrine[5]. A la seconde lecture, le

1. Sess. XXIII, *De reform.*, c. XVII (Schulte et Richter, p. 208-209) : « Quod si ministeriis quatuor minorum ordinum exercendis clerici cælibes præsto non erunt, suffici possint etiam conjugati vitæ probatæ, dummodo non bigami, ad ea munia obeundi et qui tonsuram et habitum clericalem in Ecclesia gestent. »

2. Sess. XXIII, *De reform.*, c. VI (Schulte et Richter, p. 182).

3. Theiner, *Acta*, II, p. 232, art. VI : « Si quis dixerit licite contrahere posse matrimonium sacerdotes occidentales, non obstante voto vel lege ecclesiastica, et oppositum nihil aliud esse quam damnare matrimonia, posseque omnes contrahere matrimonium qui non sentiunt se habere donum castitatis. »

4. Theiner, *Acta*, II, p. 313, art. VII : « Si quis dixerit clericos occidentales in sacris ordinibus constitutos vel religiosos castitatem solemniter professos posse matrimonium contrahere, etc. »

5. *Cretensis* (Theiner, *Acta*, p. 315) : « In VII tollatur *occidentales*, cum sit verus etiam de orientalibus. » — Voyez cependant, *Granatensis*, II, p. 315 : « In VII non debere tolli occidentales, quia Græci sacerdotes contrahentes habent rata matrimonia, non obstante quod priventur. » — Cf. ci-dessus, tome I, p. 287.

texte prit l'expression générale qu'il a conservée[1], mais son esprit n'en est pas moins certain.

Chose digne de remarque, le canon du concile ne paraît pas avoir été considéré par les contemporains comme ayant clos définitivement le débat. De Thou, dans sa grande histoire, raconte qu'en 1564, l'empereur d'Allemagne et l'archiduc de Bavière adressèrent au pape diverses demandes. L'une d'elles contenait deux chefs : on demandait d'abord que les prêtres, qui s'étaient séparés de l'Église catholique et avaient contracté mariage, pussent faire leur soumission tout en gardant leurs épouses; en second lieu, on aurait voulu que, dans les régions où le recrutement du clergé était difficile, le ministère de l'autel pût être rempli par des laïques, c'est-à-dire par des gens mariés, dûment ordonnés par les évêques[2]. Le pape repoussa énergiquement cette dernière demande; mais l'empereur ne se tint pas pour battu. Il adressa au pape des lettres dans lesquelles il était dit qu'il était nécessaire de relâcher la règle du célibat dans certaines provinces déterminées; et il y joignit un mémoire en faveur du mariage des prêtres, dont de Thou donne l'analyse : il priait le pape de communiquer ce mémoire aux cardinaux[3]. De Thou ajoute que le pape, fort des décisions

1. Theiner, *Acta*, II, p. 335.

2. Thuani, *Historiarum sui temporis libri CXXVIII*, edit. Genevæ, 1626, l. XXXVI, c. xxxviii, tome II, p. 304 : « Tum etiam petebant ut ratio iniretur, qua non solum sacerdotes qui, assertis suis conjugiis se ipsos ab Ecclesia separassent, retentis utcumque in contubernio assertis, Ecclesiæ reconciliari possent, sed etiam benigne indulgeretur ut, ad exiguas catholicæ religionis relliquias conservandas, iis locis in quibus presbyteri eo numero, qui sufficiat, haberi non possunt, ab episcopis viri laici justæ ætatis ac doctrinæ et vitæ inculpatæ ac bonæ famæ ad ministerium altaris et alia sacerdotalia munera ordinari et admitti queant. Et alterum quidem concessit pontifex, alterum omnino negavit. » — Cf. Paolo Sarpi, l. VIII, c. lxxxviii.

3. *Ibid.*, p. 305 : « Quapropter Maximilianus Cæsar per Prosperum Arcuensem comitem datis ad pontificem litteris IV kal. decemb. cum eo egerat ut, quod ad sacerdotum conjugia, aliquid de severitate remitteret, et Noricis, Boiis, Quadis, Marcomannis et Pannonis ea in re gratificaretur... Addita erat litteris succinta argumentorum pro sacerdotum matrimonio contra cælibatum enarratio, cum mandato ut brevis ille commentarius cardinalibus communicaretur. »

du concile, ne voulut point aborder la question[1]. Paolo Sarpi dit cependant que le pape était disposé à réunir dans la ville de Rome les hommes les plus instruits de toutes les nations pour examiner mûrement ce problème, mais que le cardinal Simoneta l'en dissuada, en lui montrant que ce serait là une sorte de concile, où les députés viendraient avec des instructions de leurs princes, et qu'il serait difficile de dissoudre à volonté[2]. Le pape aurait seulement communiqué à dix-neuf cardinaux le mémoire envoyé par l'empereur.

II

Le concile de Trente n'a point statué sur les empêchements anciennement admis et tenant à un vice de consentement[3]; il a laissé intacte leur théorie, telle qu'elle a été précédemment exposée.

Mais il a édicté deux dispositions destinées à assurer la pleine et véritable liberté du consentement dans les mariages. L'une de ces dispositions, la plus importante, a créé un nouvel empêchement ou plutôt restauré un empêchement dirimant que le droit canonique avait connu dans les temps anciens, mais qui s'était peu à peu affaibli, puis enfin évanoui.

1. *Loc. cit.*, p. 306 : « Quibus tamen rationibus et argumentis, quantumvis instante Cæsare et reipsa urgente, nihil a pontifice, jam post concilium semel dimissum securo, impetrari potuit. »

2. *Op. cit.*, l. VIII, c. LXXXVIII : « Attese queste rimonstranze, il pontefice era di parere di congregar in Roma uomini pii e letterati di tutti le nazione per trattar questo punto con maturita, e già ne aveva parlato con gli ambasciatori appresso se residenti. Ma dal cardinal Simoneta fu dissuaso, il qual racordo che quella sarebbe una specie di concilio, et se di Francia, Spagna e Germania e d'altrove fussero venuti, averebbono portato intelligenze e instruzioni de' prencipi, e per li respetti di quelli si sarebbono governati e averebbono parlato; e quando la Santità Sua avesse voluto difarsi di loro e licenziarli, non averebbe potuto farlo a suo bene placito; che se non avesse seguito il parer loro, sarebbe stato con digusto dei prencipi : raccordassesi le molestie sostenute per causa del concilio e se non mettesse in simil periculi. »

3. Ci-dessus, tome I, p. 382 et suiv.

Le rapt, on l'a vu plus haut[1], avait réellement cessé d'être un empêchement de mariage dans le droit canonique classique : la jeune fille ravie pouvait valablement épouser son ravisseur, de sa seule et libre volonté. Le concile de Trente réagit contre ce droit complaisant, sans qu'on puisse dire exactement sous quelle influence. Un projet fut soumis aux Pères, qui modifiait en un double sens la législation antérieure. 1° Était déclaré nul le mariage contracté entre le *raptor* et la fille enlevée, tant que la seconde était au pouvoir du premier; le consentement donné par elle dans ces conditions était rendu inefficace. 2° Si la fille ravie, rendue à la liberté et pleinement libre, voulait épouser son ravisseur, celui-ci devait être contraint de l'épouser[2]. Cette seconde règle avait été inspirée peut-être par une réminiscence de l'antiquité classique : l'obligation pour le ravisseur d'une fille, ou pour celui qui la viole, d'épouser sa victime, lorsque celle-ci demande cette réparation, revient fréquemment dans les *declamationes* de Quintilien et de Sénèque le Rhéteur[3]. Dans le projet proposé au concile, lorsque le ravisseur était un clerc, elle était remplacée par l'obligation de doter convenablement la fille ravie, obligation qui figure aussi, cumulativement avec la première, dans les *declamationes* antiques[4].

1. Ci-dessus, tome I, p. 391 et suiv.

2. Theiner, *Acta*, p. 337 : « Decernit s. synodus inter raptorem et raptam, etiam raptæ consensu, quamdiu in potestate raptoris manserit, supervenientе, nullum posse matrimonium consistere ; quod si rapta a raptore separata, et in loco tuto et libero constituta, eum in virum habere consenserit, cogatur raptor ab ecclesiastico et sæculari judice eam in uxorem habere ; et nihilominus raptor ipse ac omnes illi consilium et favorem præbentes sint ipso jure excommunicati ac perpetuo infames, omniumque dignitatum incapaces ; et, si clerici sint, de proprio gradu decidant. Teneatur interea raptor mulierem raptam decenter arbitrio judicis dotare. »

3. Dans les rhéteurs, la fille ravie a le choix ou de forcer le ravisseur à l'épouser ou de demander sa mort ; *M. Fabii Quintiliani declamationes*, nos 247, 251, 262, 270, 276, 301, 309, 349, 370, 383. — *Calpurnii Flacci declamationum index*, nos 16, 23, 40, 42, 49 ; — *M. An. Senecæ rhetoris controversiæ*, lib. I, no 5 ; lib. II, no 25.

4. *Quintiliani declam.*, nos 257, 276, 370. — Mais cependant : *Senecæ controversiæ*, lib. I, no 5 : « Rapta raptoris aut mortem aut indotatas nuptias optet. »

Cette proposition ne trouva pas grande faveur dans le concile. Elle fut attaquée dans ses deux branches, en ce que d'abord elle rendait le mariage impossible, et en ce qu'elle le rendait ensuite obligatoire.

D'un côté, on invoquait la liberté et la faveur des mariages, qui avait toujours inspiré le droit canonique : dès que la fille donnait volontairement son consentement, que voulait-on de plus[1]? Certains soutenaient même que l'Église ne pouvait faire du rapt un empêchement dirimant, parce que cet empêchement ne pouvait être que temporaire[2].

D'autre part, on relevait ce qu'il y avait d'exorbitant, de contraire aux principes, dans le mariage imposé par le juge au ravisseur : quel que fût le crime, le mariage devait rester libre[3]. Évidemment, c'était cette seconde disposition qui soulevait l'opposition la plus marquée. L'empêchement dirimant, tel qu'il était proposé, s'il soulevait des scrupules, trouvait aussi de nombreux partisans, car le concile était animé d'un esprit de sévérité contre les *raptores*[4] : aussi se fit-il assez facilement accepter[5]. A la troisième lecture, le projet fut modifié dans ce sens. Le mariage fut déclaré nul tant que la *rapta* était au pouvoir du ravisseur; elle pouvait au contraire vala-

1. *Cretensis* (Theiner, *Acta*, II, p. 342) : « Non placet quod dicitur de raptore et rapta : tales enim possunt conjungi si volunt; quare non debet eis tolli libertas. » — *Rossanensis*, p. 342 : « De raptore et rapta non placet; succedente enim consensu, verum est matrimonium. » — Cf. *Vestanus*, p. 396; *Urbevetanus*, p. 396; *Hydruntinus*, p. 428.

2. *Civitatis Castelli* (Theiner, *Acta*, II, p. 396) : « Decretum de raptoribus non placet, quia Ecclesia id non potest facere, cum sit impedimentum temporale. »

3. *Madrutius* (Theiner, *Acta*, II, 342) : « Ubi dicitur : cogatur contrahere, videtur etiam esse contra rationem libertatis matrimonii; et ideo tollatur illa vox : cogatur. » — *Florentinus*, II, p. 342 : « Quoad raptores placet ut aliæ pœnæ inducantur, sed non declarentur nubere. » — *Rossanensis*, II, 342 : « Non æquum est ut rapiens cogatur. »

4. *Senonensis* (Theiner, *Acta*, II, 345) : « Art. VII sit severius contra raptores, prout etiam per alia concilia et alios canones statutum est, videlicet ut raptores sint omnino sine spe conjugii. »

5. *Asturicensis* (Theiner, *Acta*, II, 353) : « Dicens : cur aliqui concedunt irritationem inter rapientem et raptam et non acceptant irritationem clandestinorum? »

blement épouser celui-ci, lorsqu'elle avait été séparée de lui, et que, mise en lieu libre et sûr, elle donnait son consentement. Il n'était plus question d'imposer au ravisseur l'obligation, d'épouser contre sa volonté la fille ravie; il était simplement tenu de la doter convenablement, qu'il l'épousât ou qu'il ne l'épousât pas. Cela fut accepté et devint le texte définitif[1]. Du consentement des parents il n'était pas parlé, pas plus que dans le droit ancien[2].

Le texte très clair et très net du concile a présenté cependant de sérieuses difficultés d'interprétation. Elles venaient de ce que, dans la doctrine antérieure et quant à l'application des peines du rapt, les canonistes comme les légistes avaient assimilé au rapt proprement dit des actes voisins, mais différents. Fallait-il entendre de même le *raptus* dans le décret du concile? L'opinion qui prévalut, non sans divergences considérables, fut que, seul, le *raptus* proprement dit créait le nouvel empêchement dirimant : cela était conforme au principe fondamental, d'après lequel il n'y a point d'empêchement dirimant sans un texte formel[3]. Mais quels sont les éléments constitutifs du rapt?

En s'appuyant, soit sur le texte même du concile, soit sur la doctrine antérieure, on décide que ces éléments sont au nombre de deux. 1° Il faut que la fille ait été enlevée de la maison où elle résidait, qu'il y ait eu changement de lieu, *traductio de*

1. Sess. XXIV, *De reform. matr.*, c. VI (Schulte et Richter, p. 219) : « Decernit sancta synodus inter raptorem et raptam, quamdiu ipsa in potestate raptoris manserit, nullum posse consistere matrimonium. Quod si rapta a raptore separata, et in loco tuto et libero constituta, illum in virum habere consenserit, eam raptor in uxorem habeat, et nihilominus raptor ipse ac omnes illi consilium, auxilium et favorem præbentes, sint ipso jure excommunicati ac perpetuo infames omniumque dignitatum incapaces, et, si clerici fuerint, de proprio gradu decidant. Teneatur præterea raptor mulierem raptam, sive eam uxorem duxerit sive non duxerit, decenter arbitrio judicis dotare. »

2. Lorsque le mariage est nul à raison du rapt, on se demande si les fiançailles, contractées dans les mêmes conditions, sont également nulles. L'affirmative paraît s'imposer; cependant il y a controverse, Sanchez, *De sacr. matr.*, l. VII, disp. XII, n° 17.

3. Ci-dessus, tome I, p. 76.

loco ad locum [1]. 2° Il faut qu'il y ait eu une violence exercée ; il ne suffit pas qu'il y ait eu des manœuvres dolosives, employées pour entraîner la fille. Bien que les légistes regardassent ces manœuvres comme suffisantes pour entraîner l'application des peines prononcées contre les ravisseurs, on se refuse ici à appliquer l'empêchement dirimant [2]. Cependant, sur ce point, notre ancienne jurisprudence française avait adopté la solution contraire. Sous le nom de *rapt de séduction*, elle assimilait à l'enlèvement violent le détournement dolosif d'une fille et y voyait également un empêchement dirimant. Sous le couvert de cette doctrine, elle justifiait la nullité des mariages contractés par les mineurs sans le consentement de leurs parents, posant alors en présomption irréfragable qu'ils avaient été séduits par dol, qu'il y avait rapt de séduction [3]. Au fond, cette jurisprudence, sauf la présomption légale, ne reposait que sur une interprétation juridiquement possible du décret du concile, et l'on conçoit très bien que le clergé de France pût la déclarer parfaitement correcte [4].

1. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. VII, disp. XIII, n° 7 : « Specialiter probatur ex ipsomet Tridentino ibi : Quamdiu ipsa sub potestate raptoris manserit, et statim : Quod si rapta a raptore separata et in loco tuto et libero constituta. »

2. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. VII, disp XIII, n° 12 : « Si dolis circumventa virgo extrahatur, non esse locum his pœnis. Quod non sit proprie raptus, cum ibi nulla reperiatur violentia, nec obstat n° 11 traditum esse hoc sufficere ut locus sit pœnis leg. unic. *De rapt virg.*, quia ea lex id explicat, at Tridentinum decretum solos raptores comprehendit, et, cum sit pœnale et correctorium, restringendum est, ut de vero et proprio raptu intelligatur; quod si instes, dolum etiam opponi libertati matrimonii, sicut et violentiam, cum utrumque voluntatem auferat : dic non omnem dolum id efficere, sed eum solum qui versatur circa personæ et conditionis errorem. »

3. Duguit, *Étude historique sur le rapt de séduction* (*Nouvelle revue historique de Droit français et étranger*, tome X, p. 586 et suiv.).

4. *Conférences de Paris*, tome II, p. 379 : « Il y a des docteurs, entre autres l'auteur de la *Théologie de Périgueux*, qui soutiennent qu'en France le rapt de séduction n'est pas un empêchement dirimant : le concile ne s'étant point expliqué là-dessus, on doit, disent ces docteurs, prendre son règlement à la lettre, et l'on ne doit pas l'étendre au delà du rapt qui se commet avec violence. D'autres docteurs prétendent que le rapt de séduction n'est pas moins un empêchement dirimant de mariage que celui de violence. C'est le

La violence est nécessaire pour que l'empêchement de rapt existe ; mais que dire, si la violence a été exercée à l'égard des parents qui résistaient au mariage, non à l'égard de la fille qui consentait? Il semble bien que l'empêchement soit fondé dans ce cas ; car, selon une définition traditionnelle accréditée parmi les canonistes, il y a alors *raptus*[1]. Beaucoup l'ont admis[2]. Mais d'autres le nient, et cette seconde opinion est très logique, étant donné que le droit canonique n'exige pas pour la validité du mariage le consentement des parents[3]. D'ailleurs cela ne pouvait faire doute lorsque des fiançailles existaient, antérieurement à l'enlèvement, entre le *raptor* et la *rapta*. C'était une règle certaine dans le droit canonique classique : *propriæ sponsæ non fit raptus*[4], et elle était maintenue par cela même que le concile ne l'avait pas abrogée[5]. D'autre part, il faut rappeler que, dans le droit issu du concile

sentiment de Lessius, de Marc-Paul de Lion, jésuite romain, et qui était officier de la Pénitencerie, et de Pyrrhus Corradus, canoniste ultramontain, qui cite encore un autre canoniste romain. »

1. *Dictum Gratiani*, sur c. u, C. XXXVI, qu. 1 ; Hostiensis, *Summa*, p. 437 : « Dicitur ergo raptor proprie cum puella de domo patris abducitur violenter ut corrupta in uxorem habeatur, sive puellæ tantum, sive parentibus, sive utrisque vis inferatur. »

2. Voyez les auteurs cités par Sanchez, *De sacr. matr.*, l. VI, disp. XIII, n° 13.

3. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. VII, disp. XIII, n° 13 : « In contraria sum sententia, quod hoc decretum libertati matrimonii favere intendat, caveatque ne femina renitens cogatur illud inire. At ad eam libertatem nil confert parentum voluntas, sed sola feminæ quæ in hoc eventu reperitur abductioni connivens. Nec juvat, si dicas voluntatem parentum desiderari ad honestatem matrimonii. Nam Tridentinum in eo decreto non honestatem sed solam ejus libertatem spectat. Quod vel inde clare constat quod, ad valorem matrimonii inter eumdem raptorem ac violenter raptam, solum petat raptam ad pristinam libertatem restitui ac in loco tuto reponi. » Voyez une décision de la Congrégation du Concile (*Rubens.*, 5 mart. 1714) dans Schulte et Richter, p. 252, n° 96. L'*impedimentum raptus* est déclaré inexistant, et pourtant on rapporte : « Iter faciente jamdiu puella cum ejus matertera Roccum Sanctum Pellegrinum repente eam abripuisse et ad domum suæ uxoris asportasse. Interea, ut testes prosequuntur, prænominata matertera magnos clamores edidit, puella vero nec verbum quidem perturbati animi protulit. » Il est vrai que l'on constate plus loin : « Subinde apud honestam matronam puella collocata fuit. »

4. Ci-dessus, tome I, p. 392.

5. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. VII, disp. XIII, n° 15.

de Trente, les fiançailles peuvent toujours se former valablement par le simple consentement des fiancés.

Enfin, sur l'*impedimentum raptus*, on décide que, ses deux éléments constitutifs étant réunis, il s'applique à l'enlèvement et au mariage de toute femme, même *corrupta*, même *meretrix*[1]; mais, à l'inverse, il ne s'applique pas à l'enlèvement d'un homme par une femme qui veut l'épouser. Le texte et les motifs ne permettent de penser qu'à l'hypothèse d'une *femina rapta*[2].

De tout cela, il résulte que la répression énergique du rapt n'a pu s'acclimater dans le droit canonique du mariage, ni avant, ni après le concile de Trente.

La seconde disposition qu'a édictée le concile de Trente pour assurer la liberté des mariages, présente un certain intérêt au point de vue historique bien qu'elle ne constitue pas un empêchement.

Il s'agit des mariages contractés sur l'ordre formel des seigneurs temporels ou des juges séculiers; mariages commandés par ceux-ci dans le but de donner satisfaction à certains intérêts temporels et pécuniaires. Ces mariages n'étaient point nuls pour cause de violence, pas plus que ceux contractés par crainte révérentielle des parents, si l'on ne suppose pas que des menaces ou des mauvais traitements eussent été employés. Le concile paraît même admettre que, dans ce cas, ils ne seraient point encore nuls, ce qui se concilierait difficilement avec les principes. Il ne les annule pas non plus, mais il condamne ces pratiques et prononce des peines contre ceux qui s'en rendent coupables[3]. Cela n'était

1. Sanchez, l. VII, disp. XIII, n° 14.

2. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. VII, disp. XIII, n° 16; mais il cite cependant un certain nombre d'auteurs en sens contraire.

3. Sess. XXIV, *De reform. matr.*, c. IX (Schulte et Richter, p. 220) : « Ita plerumque dominorum temporalium ac magistratuum mentis oculos terreni affectus atque cupiditates excæcant ut viros et mulieres, sub eorum jurisdictione degentes, maxime divites vel spem magnæ hæreditatis habentes, minis et pœnis adigant cum iis matrimonium invitos contrahere quos ipsi domini vel magistratus illis præscripserint. Quare, cum maxime nefarium sit matrimonii libertatem violare et ab eis injurias nasci a quibus jura expectantur, præcipit sancta

point d'ailleurs une nouveauté : bien au contraire, les abus dont il s'agit et la condamnation qui les vise, de la part de l'Église, remontent à une haute antiquité.

C'est un fait certain qu'au Bas-Empire les particuliers obtenaient assez souvent du prince des lettres, ou *privilegia*, ordonnant aux parents d'une fille de la marier avec une personne déterminée. Une constitution d'Honorius et Théodose condamna cet abus, et passa dans la *lex Romana Wisigothorum*[1]; mais, comme tant d'autres, cette bonne inspiration du pouvoir absolu resta sans effet. De même les juges impériaux abusaient souvent de leur influence pour imposer aux parties certains mariages; nous en avons encore ici la preuve par une constitution des empereurs Gratien, Valentinien et Théodose, qui a passé également dans la *lex Romana*[2]. Ces pratiques survécurent à l'empire d'Occident; et, dans les royaumes fondés par les Barbares, la tradition s'en continua. Dans la monarchie mérovingienne en particulier, nous en trouvons des traces nombreuses[3], si bien que l'Église crut devoir réagir. Au VI^e^ siècle, le quatrième concile d'Orléans et le troisième concile de Paris édictèrent des peines sévères contre ceux qui usaient de ces influences pour obtenir et imposer certains mariages[4].

Lorsque se fut constituée la société féodale, une contrainte du même genre, mais procédant d'autres principes, apparut

synodus omnibus cujuscumque gradus, dignitatis et conditionis existant, sub anathematis pœna, quam ipso facto incurrant, ne quovis modo directe vel indirecte subditos suos vel quoscumque alios cogant, quominus libere matrimonium contrahant. »

1. L. 1, *C. Th., Si nuptiæ ex rescripto petantur*, III, 10.

2. L. 1, *C. Th., Si quacumque præditus potestate nuptias petat invitæ*, III, 11 Hänel, *Lex romana Wisig.*, p. 88.

3. Löning, *Geschichte des deutschen Kirchenrechts*, II, p. 605.

4 *Concil. Aurel.*, IV (a. 541), c. XXII : « Ut nullus per imperium potestatis filiam competere audeat alienam, ne conjugium quod contra parentum voluntatem impie copulatur velut captivitas judicetur, sed sicut est prohibitum, non admittatur; si qui perpetraverint, excommunicationis severitas pro modo piaculi imponatur. » — *Concil. Parisien.*, III (post an. 556) c. VI = c. VI, C. XXXVI, qu. 2.

dans les coutumes. Il s'agissait du cas où un fief venait par succession à une femme, dans les pays où les femmes n'avaient pas été totalement exclues de la succession aux fiefs. Dans ce fait, il y avait un élément perturbateur de l'ordre féodal, la femme n'étant point capable de rendre la plupart des services que le seigneur pouvait exiger de son vassal. Mais si elle se mariait, le mari devenait administrateur et usufruitier, c'est-à-dire titulaire momentané, de ce fief qu'il pouvait parfaitement servir. La vassale, de sa puberté à sa vieillesse, n'eut donc point partout le droit de rester fille ou veuve : dans certaines contrées, le seigneur pouvait la contraindre à prendre un mari, en lui présentant un ou plusieurs prétendants[1]. De même, en sens inverse, la vassale ne devait point se marier sans le consentement du seigneur, car celui-ci avait intérêt à ce qu'elle ne prît pour mari qu'un bon et brave chevalier[2]. L'Église ne paraît pas avoir réagi contre ces usages qui représentaient, non des abus de pouvoir et des actes arbitraires, mais des règles légales, logiques et raisonnables. Ils disparurent d'ailleurs généralement lorsque le système féodal perdit sa force et sa valeur politique[3].

Mais la pression exercée par l'autorité royale pour imposer certains mariages reparut, au contraire, avec le pouvoir absolu. En France, du moins, c'est une pratique nettement saisissable au XVI^e^ siècle, et c'est elle surtout qui doit avoir attiré l'attention du concile. L'instrument qui servait à cela était la lettre de cachet, comme nous l'apprennent les grandes ordonnances du XVI^e^ siècle, rendues sur les doléances des états généraux, et qui condamnent cet abus, mais vainement[4]. Elles

1. Voyez *Les Assises de Jérusalem*, édit. Beugnot, *Livre de Jean d'Ibelin*, c. CLXXVII et suiv.

2. *Établissements de saint Louis*, éd. Viollet, I, 67.

3. Cependant ce vieux droit est rappelé encore par un Père du concile, qui veut justement excepter de la condamnation prononcée l'assentiment du seigneur nécessaire pour le mariage des femmes féodales; *Cavensis commissarius* (Theiner, *Acta*, II, p. 346) : « In X excipiantur mulieres habentes feudos, quæ non debent conjungi matrimonio absque consensu regio. »

4. *Ordonnance d'Orléans*, art. 111 : « Et parce qu'aucuns, abusans de la

nous apprennent aussi, et cela répond encore au texte du concile, que les seigneurs de leur côté abusaient de leur pouvoir pour contraindre leurs sujets à donner leurs filles en mariage à des personnes déterminées [1]. Pour les lettres de cachet délivrées dans ce but, les défenses des ordonnances, comme les prohibitions du concile, furent également inefficaces ; l'usage s'en conserva en France jusqu'à la Révolution [2].

III

Sur les empêchements dirimants dérivant des diverses sortes de parenté et d'alliance que reconnaît le droit canonique, le concile de Trente contient deux classes de dispositions.

Il a d'abord, dans un canon énergique, condamné les opinions des protestants, qui soutenaient qu'en établissant ces prohibitions, dont la trame était si vaste, l'Église avait dépassé ses droits, et spécialement que, seuls, les degrés de parenté et d'alliance mentionnés au *Lévitique* pouvaient constituer des empêchements dirimants. Il proclama aussi, contre les hérétiques, que l'Église peut accorder la dispense de ces empêchements [3]. C'était, on le voit, maintenir fer-

faveur de nos prédécesseurs par importunité ou plutôt subrepticement, ont obtenu quelquesfois lettres de cachet et closes, ou patentes, en vertu desquelles ils ont fait sequestrer des filles et icelles épousé ou fait épouser, contre le gré et vouloir des pères et mères, parens, tuteurs ou curateurs, chose digne de punition exemplaire : enjoignons à tous juges procéder extraordinairement et comme en crime de rapt, contre les impétrans et ceux qui s'ayderont de telles lettres sans avoir aucun égard à icelles. » — *Ordonnance de Blois* de 1579, art. 281.

1. *Ordonnance de Blois* de 1579, art. 281 : « Defendons aussi à tous gentilshommes et seigneurs de contraindre leurs sujets et autres à bailler leurs filles, nièces ou pupilles en mariage à leurs serviteurs ou autres, contre la volonté et la liberté qui doit être en tels contrats, sous peine d'être privés du droit de noblesse, et punis comme coupables de rapt. »

2. On en trouve le modèle d'après le *Guidon des Secretaires*, pp. 22, 23 (dans le *Nouveau stile de la Chancellerie de France*, Paris, 1622).

3. Sess. XXIV, *De sacr. matr.*, c. III (Schulte et Richter, p. 215) : « Si quis dixerit eos tantum consanguinitatis gradus, qui Levitico exprimuntur, posse

mement les principes sur lesquels s'était élevée la théorie canonique.

D'autre part, ces empêchements dirimants ont été presque tous retouchés par le concile de Trente. Déjà le quatrième concile de Latran y avait apporté des réformes importantes, mais il avait laissé subsister des prohibitions encore bien exagérées.

L'empêchement résultant de la parenté naturelle, ou *consanguinitas*, fut maintenu tel qu'il avait été fixé par le concile de Latran, limité au quatrième degré de computation canonique. Cependant un nouvel adoucissement de la prohibition avait été proposé au concile. Dans le *decretum de abusibus* présenté en seconde lecture, le mariage était déclaré licite entre parents ou alliés au quatrième degré, la prohibition étant dorénavant restreinte au troisième degré. Le projet justifiait la modification en constatant que la charité chrétienne s'était considérablement refroidie et que, par suite, il était opportun de permettre de la vivifier par des mariages entre parents au quatrième degré [1]. Mais cette réforme trouva peu de faveur dans la discussion. On invoqua contre elle les paroles de l'Écriture : *Videatis filios filiorum in tertiam et quartam generationem* [2] ; on fit observer que cette modification aurait des conséquences graves ; car, le quatrième degré devenant permis, on serait inévitablement entraîné à accorder facilement la dispense du troisième [3]. La plupart des prélats qui prirent la

impedire matrimonium contrahendum et dirimere contractum nec posse Ecclesiam in nonnullis eorum dispensare, aut constituere ut plures impediant vel dirimant : anathema sit. »

1. Theiner, *Acta*, II, p. 336 : « Hæc s. synodus animadvertens christianam caritatem adeo refrigescere, ut cognationis, quæ inter conjunctos in quarto gradu intercedit, nulla fere ratio habeatur, ideoque valde necessarium esse illorum inter sese necessitudines conjugiis conservare, concedit in futurum quibuscunque Christi fidelibus, si aliud canonicum non obstet impedimentum, in quarto consanguinitatis vel affinitatis gradu constitutis matrimonio inter se jungi. »

2. *Venetiarum* (Theiner, *Acta*, II, 342) : « Quoad III, non placet ut quartus gradus tollatur, nam in Testamento Veteri dicitur : Videatis filios filiorum in tertiam et quartam generationem. »

3. *Rossanensis senior* (Theiner, *Acta*, II, 342) : « Non placet tolli quartum

parole se prononcèrent en ce sens qu'une réforme était nécessaire, mais qu'elle devait seulement consister en deux choses : il fallait soumettre à des règles fixes l'octroi des dispenses du quatrième degré et les accorder *gratis* ; il fallait en même temps ouvrir aux évêques, aux ordinaires, le droit d'accorder ces dispenses [1].

Même, certains trouvèrent des inconvénients dans ce pouvoir ferme conféré aux évêques [2]. En définitive, on renonça sur ce point à toute réforme sérieuse. La proposition d'abolir la prohibition du quatrième degré se trouvait encore dans le projet présenté en troisième lecture [3]. Mais elle disparut ensuite, et ne fut remplacée par aucune des mesures qu'avaient proposées ceux qui l'avaient critiquée. Le concile inséra seulement dans le décret *De reformatione matrimonii* une disposition ayant pour but de rendre plus difficiles que par le passé les dispenses des empêchements résultant de la parenté ou de l'alliance [4].

Le concile ne toucha pas non plus à l'empêchement fondé sur la *cognatio legalis,* dont l'importance pratique était presque

gradum, quia hac via etiam succedet quod dispensatio in tertio faciliter fiat. »

1. *Cretensis* (Theiner, *Acta*, II, 342) : « In tertio non placet, quod tollatur quartus gradus, sed potius fiat dispensatio gratis circa eumdem gradum. Nec placet quod tollendo hos gradus et alios dicamus tollere abusus, cum hujusmodi non sint abusus sed permissiones aut relaxationes. » — *Rossanensis senior*, *ibid.* : « Non placet ut tollatur quartus gradus, sed detur remedium ut non passim fiant dispensationes et committantur ordinariis. » — *Jadrensis*, p. 344 : « De tollendo quarto gradu non placet, quia non adest necessaria causa; sed tollatur dispensandi facilitas et detur ordinariis potestas dispensandi cum opus fuerit, et hoc gratis. » — *Genuensis*, II, 344; *Senonensis*, *Tarentinus*, *Pragensis*, *Messanensis*, *Panormitanus*, *ibidem* ; *Marsicanus*, II, p. 353.

2. *Nemausensis* (Theiner, *Acta*, II, 360) : « Non placet ut quartus gradus tollatur, sed tollantur abusus curiæ et episcoporum circa dispensationes, quæ non fiant nisi ex causa legitima nec sine causæ cognitione. Si videbitur dispensationem hujus gradus committi ordinario, dicatur quod id non faciat absque consilio duorum ex capitulo. Placet ut concedatur ordinariis quod possint cum pauperibus dispensare in quarto gradu ignoranter contracto. »

3. Theiner, *Acta*, II, 387, nº 5.

4. Schulte et Richter, p. 219 (c. v.)

nulle; mais il restreignit, au contraire, dans une large mesure, l'empêchement résultant de la *cognatio spiritualis*. Nous savons quelle extension considérable avait reçu celui-ci sous la triple forme de la *paternitas*, de la *compaternitas*, et de la *fraternitas*[1]. Le concile réagit contre cette exagération[2]; la réforme qu'il opéra porte sur les points suivants[3].

1° Le nombre des personnes entre lesquelles pourra naître la *cognatio spiritualis*, et par suite l'empêchement, est diminué en fait, en ce qu'il ne pourra plus être admis dans chaque baptême qu'un parrain et une marraine; et, si, malgré cette prescription, d'autres que ceux dont le prêtre aura pris les noms touchent l'enfant au baptême, cela sera sans effet aucun en ce qui concerne la parenté spirituelle.

2° En droit, la parenté spirituelle est considérablement restreinte. La *fraternitas* est complètement supprimée; la *cognatio*, et par suite l'empêchement dirimant, subsiste seulement: *a*) entre le parrain et la marraine d'une part, — le baptisé et ses père et mère d'autre part; *b*) entre le *baptizans* d'un côté, — le baptisé et ses père et mère d'autre part.

3° Au moment du baptême, le prêtre devra avertir les intéressés des liens de parenté spirituelle qu'ils contractent et de leurs conséquences.

4° La parenté spirituelle qui naît de la confirmation est restreinte dans la même mesure que celle qui est produite par le baptême.

L'application de ce décret fit naître quelques difficultés. Ce fut d'abord une question transitoire qui se posa. Les personnes qui, avant la confirmation par la papauté des décisions du

1. Ci-dessus, tome I, pp. 362 et suiv.

2. Il y eut pourtant quelques protestations, par exemple *Venetiarum* (Theiner, *Acta*, II, 342) : « Neque placet tolli aliquid de cognatione spirituali. »

3. Sess. XXIV, *De reform. matr.*, c. II (Schulte et Richter, p. 218). Le concile commence par constater les inconvénients du droit ancien : « Docet experientia, propter multitudinem prohibitionum multoties in casibus prohibitis ignoranter contrahi matrimonium, in quibus vel non sine magno peccato perseveratur, vel ea non sine magno scandalo dirimuntur. »

concile de Trente, avaient contracté la parenté spirituelle à un degré, qui ne constituait plus un empêchement d'après le nouveau décret, pouvaient-elles licitement se marier entre elles ? Pie V répondit affimativement par une bulle du 20 août 1566 [1]. Une autre question était plus sérieuse. Le concile maintenait, on l'a vu, l'empêchement dirimant fondé sur la *compaternitas* ; cela comprenait-il, comme par le passé, la *compaternitas indirecta* ? Le conjoint du *suscipiens* devenait-il toujours, comme celui-ci, le parent du *baptizatus* et de ses père et mère ? Pie V décida que non, et que la *compaternitas* ou *paternitas indirecta* n'existait plus, la liste des personnes dorénavant unies par la *cognatio spiritualis*, que contient le décret, étant strictement limitative [2].

La jurisprudence de la Congrégation du Concile n'a pas eu à développer beaucoup ce qui reste de la *cognatio spiritualis*. Je relève seulement deux décisions notables.

La Congrégation a décidé que lorsqu'un parrain se fait représenter au baptême par un procureur, celui-ci contracte la parenté spirituelle non pour son propre compte, mais pour le compte de son mandant [3]. C'était, on le sait, une vieille controverse [4]. D'autre part, lorsqu'un enfant a été valablement baptisé, mais sans les cérémonies habituelles (ce qu'on appelle souvent chez nous l'ondoiement), si, plus tard, cette solennité supplémentaire est accomplie, la personne qui y figure, à titre de parrain ou de marraine, ne contracte pas la parenté spirituelle [5].

Le droit canonique avait, nous le savons, une conception originale de l'*affinitas*, dont il avait étendu très loin les effets comme empêchement de mariage [6]. Le quatrième concile de Latran avait coupé quelques rameaux de cet arbre trop touffu ;

1. Schulte et Richter, p. 556.
2. Bulle du 4 décembre 1566 (Schulte et Richter, p. 557).
3. Schulte et Richter, p. 266, n° 105.
4. Ci-dessus, tome I, p. 366.
5. Schulte et Richter, p. 266, n° 106.
6. Ci-dessus, tome I, p. 374 et suiv.

il avait supprimé le *secundum et tertium genus affinitatis*[1]. Mais il restait encore bien des points critiquables, spécialement la théorie de l'*affinitas ex copula illicita*. Le concile de Trente décida que cette dernière ne serait plus un empêchement dirimant que jusqu'au second degré[2]. Étant donné le texte, on s'est demandé si l'affinité résultant de la fornication ne doit pas, aux troisième et quatrième degrés, être considérée encore comme un empêchement prohibitif; mais une décision de Pie V, *motu proprio*, a statué en sens contraire[3]. Là où l'empêchement dirimant a été supprimé, il ne subsiste plus rien.

Le droit canonique antérieur contenait sous le nom de *publicæ honestatis justitia* un empêchement dirimant qui se rapprochait de celui fondé sur l'alliance; il rendait en dernier

1. D'où la maxime : *Ex affinitate jam non oritur affinitas* ; Sanchez, *De sacr. matr.*, l. VII, disp. LXVII, nos 1, 2. La jurisprudence de la Congrégation du Concile a dégagé une conséquence notable de cette abrogation, conséquence que n'avait point prévue probablement le législateur. Il en résulte que, *jure canonico*, rien n'empêche le mariage entre le *vitricus* et la veuve du *privignus*, ni entre la *noverca* et le mari de la *privigna* prédécédée. En effet, le seul empêchement qui s'opposait jadis en droit canonique à ces mariages, c'était l'*affinitas secundi generis* existant entre les personnes en cause ; or, cette affinité ne produisant plus aucun effet, aucun empêchement ne subsiste. La loi romaine, qui défend de semblables unions (l. 15 D., *De ritu nupt.* XXIII, 2), ne peut prévaloir contre les dispositions du droit canonique. C'est ce qu'a décidé la Congrégation du Concile le 8 mars 1721. Benoît XIV, qui en était alors le secrétaire, a résumé le débat qui s'était élevé à ce sujet : *De syn. diœces.*, l. IX, c. XIII.

2. Sess. XXIV, *De reform. matr.*, c. IV (Schulte et Richter, p. 218) : « Præterea sancta synodus, eisdem et aliis gravissimis de causis adducta, impedimentum, quod propter affinitatem ex fornicatione contractam inducitur et matrimonium postea factum dirimit, ad eos tantum qui in primo et secundo gradu conjungantur, restringit ; in ulterioribus vero gradibus statuit hujusmodi affinitatem postea contractum non dirimere. » — Voici, d'après Sanchez (*De sacr. matr.*, l. VII, disp. LXVII, no 5), les motifs qui ont déterminé le concile : « Tridentinum voluisse restringere affinitatem ex fornicatione quod hæc sæpissime occulte contrahatur, et ex hac non oriatur vinculum aliquod amicitiæ inter affines. »

3. Rapporté par Sanchez, *De sacr. matr.*, l. VII, disp. LXVII, no 4 : « Declaramus et auctoritate apostolica decernimus nullum hodie impedimentum remanere quominus in ulterioribus gradibus hujusmodi libere et licite matrimonium contrahi possit. »

lieu le mariage impossible entre un fiancé et les parents jusqu'au quatrième degré de l'autre fiancé. Il naissait de toutes fiançailles non conditionnelles, alors même qu'elles auraient été déclarées nulles pour une autre cause qu'un vice du consentement; il survivait à leur dissolution régulière[1]. Il naissait aussi, rappelons-le, non seulement des fiançailles, mais aussi du mariage contracté et non consommé : dans ce cas, il se présentait comme une pierre d'attente, suppléant provisoirement l'*impedimentum affinitatis*, qui, dans la doctrine commune, supposait la *copula* intervenue entre les époux.

Ces prohibitions gênantes et assez peu utiles furent restreintes par le concile de Trente[2]. La modification porta sur deux points : 1° les fiançailles nulles pour une cause quelconque n'engendrèrent plus l'empêchement; 2° le mariage ne fut plus prohibé qu'entre un fiancé et les parents au premier degré de l'autre fiancé[3].

Mais le concile ne changea pas le droit ancien en ce qui concerne l'effet des fiançailles valables mais résolues. L'empêchement, réduit au premier degré de parenté, continua à leur survivre. C'est ce que déclara la Congrégation du Concile dans une décision approuvée par le pape Alexandre VII[4].

Sur l'interprétation du nouveau texte, une question assez délicate s'est posée. Il ne vise expressément que l'empêchement résultant des *sponsalia per verba de futuro* : les modifi-

1. Ci-dessus, tome I, pp. 145 et suiv.

2. Sess. XXIV, *De reform. matr.*, c. III (Schulte et Richter, p. 218) : « Justitiæ publicæ honestatis impedimentum, ubi sponsalia quacunque ratione valida non erunt, sancta synodus prorsus tollit. Ubi autem valida fuerint, primum gradum non excedant, quoniam in ulterioribus gradibus jam non potest hujusmodi prohibitio sine dispendio observari. »

3. Voici les personnes que cela comprend (Sanchez, *De sacr. matr.*, l. VII, disp. LXIX, n° 10) : « Quare iniens sponsalia non potest validum matrimonium inire cum patre, matre, fratribus, sororibus vel filiis sponsi alterius vel sponsæ. »

4. Schulte et Richter, p. 263, n° 101 : « Et hoc impedimentum restrictum ad primum gradum durat, etiamsi sponsalia mutuo deinde consensu dissolvantur, dummodo a principio valida fuerint, juxta resolutionem S. hujus Congregationis a summo pontifice Alexandro VII approbatam. » *Ibid*, n° 104, p. 266.

cations qu'il apporte au droit antérieur, s'appliquent-elles aussi à l'empêchement qui naît du mariage contracté, mais non encore consommé? Le problème se posa bientôt, et l'opinion qui triompha, presque sans résistance, c'est qu'ici l'empêchement restait sous l'empire du droit antérieur au concile de Trente. La raison principale de décider fut que, dans cette hypothèse, la *publicæ honestatis justitia* avait un caractère tout spécial; elle était un succédané de l'*affinitas*, dont elle devait suivre les règles. Mais si cette interprétation générale fut adoptée, son application ne fut pas toujours également certaine; il faut distinguer plusieurs hypothèses.

On décidait d'abord que l'empêchement résultant d'un mariage valable, mais non consommé, ne se restreignait pas, comme celui naissant des fiançailles, au premier degré de parenté; il s'étendait jusqu'au quatrième degré. C'est la jurisprudence de la Congrégation du Concile, et cela fut même implicitement déclaré par Pie V[1].

On se demandait en second lieu si l'empêchement résultait aussi d'un mariage non consommé, lorsque celui-ci était déclaré nul pour une autre cause que le défaut ou vice du consentement. On décidait encore communément que l'*impedimentum* existait et s'étendait jusqu'au quatrième degré de parenté[2]; cependant, quelques-uns soutenaient qu'il était ici restreint au premier degré, sans fournir d'ailleurs de bonnes raisons de leur opinion[3].

Enfin on doutait que l'empêchement pût résulter d'un ma-

1. Schulte et Richter, p. 263, n° 101 : « Hoc impedimentum justitiæ publicæ honestatis, oriens ex matrimonio rato et non consummato, non restringitur ad primum gradum, juxta c. III, sess. XXIV, *De reform. matr.*, sed extenditur ad quartum, loquendo saltem de matrimonio valido; si enim ex allegata constitutione 62 Pii V impedimentum hoc proventum a matrimonio rato et non consummato durat in omnibus illis casibus ubi de jure veteri ante concilium Tridentinum introductum erat. » — *Ibid.*, p. 264, n° 103.

2. Schulte et Richter, p. 263, n° 101, et les auteurs cités par le *referens*.

3. Cabassut, *Theoria et praxis juris canonici*, l. III, c. XXIV, n° 49 : « Quin etiam nascitur impedimentum ex matrimonio invalido, dum in illud matrimonium intervenerit utriusque partis perfectus consensus; sed istud honestatis

riage nul pour clandestinité, contracté *sine parocho et testibus*. Il semble bien que l'on doive adopter la négative, puisqu'un tel mariage n'a pas même la valeur de fiançailles et ne peut, en tant que mariage, produire aucun effet[1]. Cependant l'opinion commune se fixa en sens contraire : elle décida que l'empêchement existait alors et s'étendait jusqu'au quatrième degré. On s'attachait à la lettre des décrétales anciennes; celles-ci n'écartaient l'empêchement que lorsque les *sponsalia* étaient nulles par défaut de consentement, et ici ce n'était pas le cas. Pour le mariage conditionnel, non sans quelques divergences, on décidait qu'avant l'arrivée de la condition il ne produisait pas l'*impedimentum publicæ honestatis*[3].

SECTION DEUXIÈME

Les empêchements dirimants non visés par le concile de Trente.

Le concile de Trente n'a pas touché aux autres empêchements dirimants : ceux-ci sont donc restés simplement sous l'empire des règles qui ont été exposées dans la seconde partie

impedimentum ex invalido matrimonio emergens non transgreditur primum gradum cum tamen olim pertingeret ad quartum gradum. Ita Bonacina, allegans ita judicasse Cardinalium Congregationem, cum plerisque ab eo citatis. »

1. Dans ce sens, Sanchez, *De sacr. matr.*, l. VII, disp. LXX, nº 13.

2. Schulte et Richter, p. 264, nº 141. — Cabassut, *loc. cit.*, nº 20 : « Quamvis Sanchez neget huic esse impedimento locum in matrimoniis clandestinis sine præsentia parochi et testium initi, qui tamen reliqua approbat ex nullis et invalidis nuptiis impedimenta, prævalet tamen opinio opposita. »

3. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. VII, disp. LXX, nos 20-22. — Après les réformes opérées par le concile de Trente, et l'introduction par lui de deux nouveaux empêchements dirimants, les vers mnémotechniques qui fournissaient la liste de ceux-ci durent être modifiés; voici un exemple de ceux qui les remplacèrent (Cabassut, *op. cit.*, III, c. XXII, nº 1) :

Error, conditio, votum, cognatio, crimen,
Cultus disparitas, vis, ordo, ligamen, honestas,
Affinis, raptor, si clandestinus, *et impos,*
Hæc facienda vetant connubia, facta retractant.

de cet ouvrage, et même, pour la plupart, la législation postérieure au concile n'y a également apporté aucune modification. Il en est deux pourtant qu'il est intéressant de reprendre, soit à raison des textes postérieurs qui les ont visés, soit à raison de la jurisprudence à laquelle ils ont donné lieu. Ce sont les empêchements résultant du *dispar cultus* et de l'impuissance.

I

L'*impedimentum disparis cultus* fait l'objet principal d'une bulle de Benoît XIV du 9 février 1749[1]. Il s'agit d'un mariage contracté entre un juif et une protestante, et la question posée était de savoir si, le juif s'étant converti à la foi catholique et ayant reçu le baptême, le mariage devait être considéré comme nul et devait être contracté à nouveau[2]. Le pape examine la valeur de ce mariage successivement quant au juif et quant à la protestante, au point de vue de la loi juive et du droit canonique.

Au point de vue de la loi juive, il déclare que le mariage n'est pas nul, car les passages de l'Ancien Testament qui défendent aux Hébreux de contracter mariage avec des étrangères n'entraînent cependant pas un empêchement dirimant, annulant de semblables unions; dans tous les cas, ils ne visaient que les sept petites nations au milieu desquelles vivaient les Israélites[3]. Il déclare également que la loi de Théodose, qui défend, sous des peines sévères, les mariages entre juifs et

1. Bulle *Singulari nobis*, dans Schulte et Richter, p. 550.

2. Bulle citée § 1 : « Utrum scilicet, cum Hebræus e secta protestantium uxorem duxerit, quæ aut hæresim ejuravit aut ejurandæ parata est, initum antea matrimonium, post susceptum ab Hebræo baptisma, sit iterandum. » — Le pape suppose d'ailleurs qu'en ce qui concerne la femme protestante le mariage n'est point nul, étant données les circonstances, pour avoir été contracté contrairement au concile de Trente, *sine parocho et testibus, ibid.*, § 17.

3. *Loc. cit.*, § 2-6.

chrétiens, ne peut pas en entraîner la nullité aux yeux de l'Église[1]. Mais, envisageant les choses du côté de la femme protestante, le pape déclare que le mariage contracté par elle avec un juif est nul, à raison de l'*impedimentum disparis cultus*. Pour que celui-ci existe, en effet, il suffit, comme il est nécessaire, que l'un des époux ait reçu le baptême, l'autre n'ayant pas été baptisé[2]. Cette condition se trouve parfaitement justifiée pour la protestante, et les hérétiques comme les catholiques sont soumis aux lois de l'Église quant à leurs mariages, auxquels s'applique en particulier l'empêchement de *dispar cultus*. Tout cela est parfaitement conforme à ce qui a été exposé ci-dessus au sujet des mariages mixtes.

Le pape, dans cette bulle, a trouvé l'occasion de définir l'origine et le caractère juridique de cet empêchement. Il refuse de le rattacher au droit canonique écrit, les textes rassemblés au Décret de Gratien (C. xxviii, qu. 1), n'ayant pas eu pour but et n'ayant pas pu avoir pour effet de créer un empêchement dirimant[3]. C'est la coutume ecclésiastique qui a introduit ce dernier[4].

Les unions, dans lesquelles l'un des conjoints est chrétien et l'autre infidèle, font encore, nous le savons, l'objet d'une autre règle en droit canonique. Il s'agit du cas où, le mariage ayant été primitivement contracté entre deux infidèles, l'un d'eux postérieurement reçoit le baptême. Si le conjoint infidèle refuse de cohabiter avec lui *sine contumelia Creatoris*, l'époux converti a le droit de divorcer et de contracter un nouveau mariage[5]. Cette transformation d'un mariage qui passe, de l'empire de la loi infidèle, sous celui de la loi chrétienne, et l'application de cette cause de divorce ont soulevé de curieux

1. *Loc. cit.*, § 7 : « Hæc lex utpote a laico principe condita nullam habere vim in matrimoniis debet. »

2. *Loc. cit.*, §§ 11, 12, 13, 18, 19.

3. *Loc. cit.*, § 9.

4. *Loc. cit.*, § 10 : « Qua quidem in re omnes sentiunt ob cultus disparitatem irrita matrimonia esse, non quidem jure sacrorum canonum, sed generali Ecclesiæ more, qui pluribus abhinc sæculis viget ac vim legis obtinet. »

5 Ci-dessus, tome I, p. 221 et suiv.

problèmes, dans certaines régions où l'Église a converti les païens dans les temps modernes.

Il s'est rencontré plusieurs de ces régions où la coutume nationale admettait la polygamie. Lorsqu'un infidèle ayant ainsi plusieurs femmes venait à se convertir, il était impossible que, devenu chrétien, il les gardât comme épouses. Bien que les meilleurs théologiens ne considèrent pas la polygamie comme nécessairement contraire au droit naturel ou au droit divin antérieur à l'Évangile[1], la doctrine catholique tient pour certain qu'elle est défendue par la loi divine évangélique. Or, cette loi divine obligeant même les infidèles, lorsqu'un païen polygame se convertit, il ne peut éviter l'application de la loi de monogamie et ne peut conserver qu'une seule de ses épouses[2]. Mais laquelle doit-il conserver? L'application stricte des principes conduit à dire que c'est la première qu'il a épousée : en vertu de la loi de monogamie, qui se trouve maintenant l'avoir régi rétroactivement, tous les mariages qu'il a contractés, ayant déjà une première épouse, sont absolument nuls. Seulement, si sa première épouse refuse de se convertir également, ou ne consent pas à habiter avec lui *sine contumelia Creatoris*, il peut la répudier, en invoquant le *casus apostoli*, et prendre une autre femme que, s'il le veut, il choisira parmi celles qui constituaient *in infidelitate* ses autres épouses.

1. Perrone, *De matr. christ.*, tome III, p. 7-14. — Voyez cependant Benoît XIV, *De synodo diœc.*, l. XIII, c. XXI, nos 8 et 9.

2. Perrone, *De matr. christ.*, tome III, p. 61 : « Adeo vero ab hac polygamia simultanea aliena semper extitit Ecclesia, ut neque legitima habuerit connubia quæ post primam uxorem celebraverint infideles. Quoties proinde contingit ut aliquis ipsorum ad religionem christianam converteretur, toties exegit, veluti conditionem sine qua non conferretur ei baptisma, ut prius valediceret omnibus uxoribus quæ post primam duxisset. Cur enimvero? Nisi quia Ecclesia nunquam ut legitimas uxores eas habet mulieres quæ post primam ducuntur. Etenim ipsi etiam infideles lege divina tenentur, adeoque, quidquid censendum sit de naturæ lege, aut de jure divino ante Evangelium, cum certum sit de lege evangelica omnino abolitam ac prorsus prohibitam fuisse polygamiam, profecto nec ipsi infideles absque piaculo jam possunt plures ducere uxores. »

Voilà à quoi conduit l'application logique et exacte des principes, et cette application, la Congrégation du Concile n'a pas hésité à la faire avec la plus grande netteté[1]. Mais cette doctrine a paru aux missionnaires trop rigoureuse, de nature à empêcher bien des conversions, la première épouse n'étant pas toujours l'épouse préférée. Aussi des tempéraments y furent-ils apportés de diverses façons.

Il était passé en usage dans les missions des Indes, au commencement du XVII[e] siècle, que l'Hindou polygame, qui se convertissait, gardait celle de ses femmes, quelle qu'elle fût, qui embrassait en même temps que lui la religion chrétienne[2]. Le pape Paul V rendit une déclaration par laquelle cette pratique était approuvée et le mariage ainsi contracté reconnu valable[3]. La décision de Paul V semble même donner aux Hindous convertis le droit de choisir, pour la garder comme femme unique, celle de leurs épouses qu'ils voudraient, à la seule condition que celle-ci se convertît également. Le pape aurait alors dissous le mariage contracté avec la première épouse, le seul valable aux yeux du droit canonique, un tel mariage n'étant pas considéré comme pleinement indisso-

1. Décision du 23 janvier 1603, dans Ben. XIV, *De syn. diœces.*, l. XIII, c. XXII, n° 1 : « Sacra Congregatio censuit ita respondendum minime posse prædictos ad veram fidem conversos accipere alias fideles uxores, nisi prius constiterit utrum primæ voluerint cum his permanere vel non. Quod si noluerint cohabitare, vel si voluerint non tamen sine contumelia Creatoris, vel ut conversos ad mortale peccatum pertrahant, tunc posse eos alias fideles accipere uxores. »

2. Ben. XIV, *De syn. diœces.*, l. XIII, c. XXI, n° 3 : « In more positum erat ut eam quisque uxorem retineret quæ secum una Christum Deum agnoscere ejusque fidem amplecti consentiebat. Id vero secum ferebat magnas difficultates cum et sæpissime contingeret ut illæ, quæ cum maritis christianam religionem amplectebantur, uxores primæ non essent; et aliunde arduum nimis esset eosdem Indos ab iis mulieribus dividere quæ una cum eis ad baptismum sese offerebant. »

3. Dans Ben. XIV, *De syn. diœces.*, l. XIII, c. XXI, n° 3 : « Motu proprio et ex certa scientia ac de apostolica potestatis plenitudine, ut Indi, sicut præfertur, baptizati et in futurum baptizandi, cum uxore quæ cum ipsis fuerit baptizata et baptizabitur remanere valeant, tanquam cum uxore legitima, aliis dimissis, apostolica auctoritate tenore præsentium declaramus matrimonium hujusmodi inter eos consistere. »

luble[1]. Mais, on l'entend d'ordinaire autrement. On considère que le pape a voulu simplement dispenser l'Hindou de l'interpellation formelle qu'il aurait dû adresser à sa première épouse, pour constater que celle-ci donnait lieu au *casus apostoli*; mais les droits de cette première épousée, si elle voulait se convertir, ou même cohabiter *sine contumelia Creatoris*, seraient pleinement maintenus[2]. Cette interprétation, sans aucun doute, est conforme aux principes, mais elle enlève à la déclaration de Paul V une grande partie de son utilité pratique; d'ailleurs celle-ci ne peut s'appliquer qu'aux Indes et ne saurait être étendue à d'autres pays, quoique placés dans les mêmes conditions[3]. On a cherché à atteindre autrement le but visé, en analysant les faits qu'on avait devant soi, de telle manière que le libre choix du converti parmi ses femmes pût se concilier avec l'application des principes. C'est ainsi que Paul III, dans une constitution du 1er juin 1537, constatait déjà qu'il arrivait souvent chez ces races polygames que le mari ne se rappelait plus exactement laquelle de ses femmes il avait épousée la première. Dans ce cas il pouvait, lors de sa conversion, choisir celle qu'il voulait, et contracter avec elle, au moins par précaution, *per verba de præsenti*[4]. Mais, en réalité, ce défaut de mémoire ne devait pas sincèrement se présenter bien fréquemment. On arriva souvent au même résultat par une voie moins extraordinaire. Dans les peuplades sauvages et chez les nations païennes où règne la

1. Benoît XIV, *loc. cit.*, nos 4 et 5; dans une constitution de Grégoire XIII, citée plus loin, on lit cette phrase : « Attendentes hujusmodi connubia inter infideles contracta, vera quidem, non tamen adeo rata censeri ut, necessitate suadente, dissolvi non possint. »

2. Benoît XIV, *De syn. diœc.*, l. XIII, c. xxi, n° 4; Perrone, *De matr. christ.*, tome II, p. 315.

3. Ben. XIV, *loc. cit.*, n° 6.

4. Constitution *Altitudo* (dans Feije, *De impedim.*, n° 472) : « Super eorum vero matrimonium hoc observandum decernimus, ut qui ante conversionem plures juxta eorum mores habebant uxores, et non recordantur quam primo acceperint, unam ex illis accipiant quam voluerint, et cum ea matrimonium contrahant per verba de præsenti, ut moris est; qui vero recordantur quam primo acceperint, aliis dimissis, eam retineant. »

polygamie, les femmes sont souvent tenues dans une condition si inférieure par le mari, qui les abandonne, les vend, les donne à son gré, que les docteurs se demandent si de telles unions constituent des mariages véritables, même en ce qui concerne la première épousée. En adoptant la négative, il devient très aisé de permettre au mari converti de choisir celle de ses femmes qu'il voudra garder; en droit, on le considère comme n'étant pas encore marié: il est libre, comme le sont ses épouses [1].

Mais, lorsqu'on se trouve en face d'un mariage véritable et d'une première épouse certaine, le mari est contraint de garder celle-ci, à moins qu'il ne puisse invoquer le *casus apostoli*. Pour cela, il faut une *interpellatio* judiciaire adressée au conjoint infidèle, afin de constater qu'il ne veut ni se convertir, ni cohabiter *sine contumelia Creatoris*. Cette *interpellatio* est absolument nécessaire, et même, selon les docteurs, exigée *jure divino* [2]. Mais une constitution de Grégoire XIII, du 25 janvier 1585 [3], a relâché cette rigueur en ce qui concerne *Angola, Ethiopia, Brasilia et aliis Indiis regionibus*. Le pape constate que là souvent des hommes ou des femmes mariés sont faits prisonniers et emmenés en captivité, très loin de leurs conjoints. Dans leur nouvelle résidence, ils sont prêts à se convertir, mais ils voudraient en même temps contracter un nouveau mariage. L'*interpellatio* au premier con-

1. C'est ce qui est nettement exposé pour le Paraguay, au XVII^e^ siècle, dans une lettre de Joannes de Lugo à Urbain VIII, citée par Feije, *De impedim.* n° 485, p. 558, note 4 : « Passim, conjuges (si vere conjuges dicendi sunt) dimittunt non aliter quam nostri famulas aut famulos; et hoc solum quia conjux infirmatur, nec coquere cibos potest aut vestes consuere aut domus curam habere, vel quia jam senescit. Imo frequenter non unam solum uxorem accipiunt, sed simul cum ea omnes ejus filias vel sorores, si quas habet; ex quibus postea donat amicis aliquam vel famulo in gratiam obsequii, quam postea repetit, si famulus divertit... Itaque plerique putant non esse saltem communiter apud illos verum matrimonium, sed concubinatum, atque ideo permittunt, quod conjugem baptizatam accipiant, quando ad fidem convertantur. Alii tamen scrupulum habent et cogunt eos ad repetendam primam conjugem, ex quo magna incommoda sequuntur. »

2. Feije, *De impedim.*, n° 487.

3. *Populis ac nationibus*, dans Feije, *De impedim.*, n° 474.

joint serait la plupart du temps impossible; Grégoire XIII permet aux évêques, curés et confesseurs approuvés, d'en accorder la dispense. On la tient alors en quelque sorte comme faite et n'ayant produit aucun résultat : on permet au converti de contracter un nouveau mariage, et celui-ci vaut et tient dans tous les cas, alors même qu'on établirait après coup que le premier conjoint avait l'intention de se convertir lui-même ou de cohabiter pacifiquement avec l'époux converti, ou que même il était déjà converti de son côté [1].

La jurisprudence romaine a eu aussi plusieurs fois l'occasion de statuer sur le sort des femmes vendues par leur mari infidèle et converties à la foi chrétienne; mais ici elle maintient pour elles le devoir rigoureux de chercher à revenir vers leurs époux [2]; elle maintient au moins la nécessité de l'*interpellatio* pour que la femme puisse contracter un nouveau mariage [3].

II

Un seul texte législatif, postérieur au concile de Trente, vise l'empêchement résultant de l'impuissance. C'est une constitution de Sixte-Quint, adressée au légat de la papauté en Espagne, du 22 juin 1587 [4]. Elle fut motivée par un fait étrange qui, paraît-il, était assez fréquent dans ces régions. Des *eunuchi* ou *spadones*, *utroque teste carentes*, mais qui

1. « Quæ quidem matrimonia, etiam si postea innotuerit conjuges priores infideles suam voluntatem juste impeditos declarare non potuisse, et ad fidem etiam, tempore transacti secundi matrimonii, conversos fuisse, nihilominus rescindi nunquam debere, sed valida et firma esse. »

2. Feije, *De impedim.*, n° 479.

3. Constitution citée de Grégoire XIII : « Extra hos casus omnino fieri debet interpellatio, etiamsi inutilis aut periculosa videatur, si fidelis velit ad alias nuptias transire, nec ab ea dispensari potest, sive timeatur ne infidelis interpellatus, sicut prima vice uxorem vendidit, eamdem recuperatam iterum sendat. » — Sur ce mariage des infidèles convertis, voyez d'autres questions on,cevdaires dans Feije, *De impedim.*, c. xx, et dans Perrone, *De matr. christ.* tome II, p. 311 et suiv.

4. Schulte et Richter, p. 555.

cependant étaient capables d'accomplir en apparence l'acte sexuel, contractaient mariage avec des femmes qui connaissaient parfaitement leur état. Les hommes dont il s'agit soutenaient qu'ils étaient parfaitement capables de contracter mariage, et la difficulté s'était présentée plus d'une fois devant la juridiction ecclésiastique[1]. Le pape prononce la nullité de ces mariages. Mais là n'est point la nouveauté, cette nullité était certaine; elle était admise déjà par le droit antérieur. Bien que quelques-uns estimassent qu'un tel mariage était valable[2], l'opinion commune était en sens contraire, exigeant pour la validité que le mari pût *verum semen emittere*[3]. Mais, d'après le droit antérieur, la nullité dans ce cas, comme toujours lorsqu'elle était fondée sur l'impuissance, était relative, c'est-à-dire qu'elle pouvait bien être invoquée par l'un ou l'autre époux, mais non par les tiers[4]. Sixte-Quint modifie ce point, et, dans ce cas, fait de l'impuissance un *impedimentum*

1. Schulte et Richter, p. 555 : « Quum frequenter, in istis regionibus, eunuchi quidam et spadones, qui utroque teste carent, et ideo manifestum est eos verum semen emittere non posse, quia impura carnis tetengine atque immundis complexibus cum mulieribus se commiscent, et humorem forsan quemdam similem semini licet ad generationem et ad matrimonii causam minime aptum effundunt, matrimonia cum mulieribus præsertim hunc ipsum defectum scientibus contrahere præsumant, idque sibi licere pertinaciter contendant et super hoc diversæ lites et controversiæ ad tuum et ecclesiasticum forum deducantur. »

2. Glose sur c. xxv, C. XXXII, qu. 7, v° *Secti* : « Alii dicunt melius quod isti (castrati seu spadones) non possunt contrahere cum cognoscere uxorem non isti possunt, et exiguntur in matrimonio tria bona re vel spe. Vel dicas quod si habet virgam arreciam, sive resolvat sperma, sive non, quod sit ibi matrimonium, cum talis satisfacit mulieri sicut mulier satisfacit viro, sive resolvat, sive non, nec requiritur quod semper in matrimonio sit filiorum procreatio, quia sufficit quod non evitet prolem. »

3. Panormit., sur c. II, X, *De frigid.*, IV, 15, n° 5 : « Ideo dicunt hic doctores quod spado carens utroque testiculo non potest contrahere matrimonium, secus autem si careat uno testiculo tantum... Glosa in c. xxv, C. XXXII, qu. 2, tractat quid de eo qui habet virgam erectam sed non potest emittere semen propter impedimentum naturale vel accidentale, et tenuit ibi glossa quod talis potest matrimonium contrahere, cum possit mulierem provocare, sed communiter tenetur contrarium et hoc puto verius, quia, ex quo non potest generare, potest uxor dicere : Volo esse mater. »

4. Ci-dessus, tome I, p. 406.

publicum[1]. Il en donne deux raisons. D'un côté, de semblables mariages ne sont généralement qu'un abominable raffinement de débauche[2]; d'autre part, on ne peut leur trouver aucune utilité[3]. Il ordonne donc aux juges ecclésiastiques de poursuivre d'office ceux qui ont contracté de semblables unions (que les femmes aient, ou non, connu l'état de leurs maris) et de prononcer la nullité, en assurant la séparation des époux[4].

Il faut admettre que les termes de la bulle ne sont pas absolument limitatifs, et qu'elle s'applique toutes les fois que, par nature ou par accident, le mari, lors du mariage, était privé du *membrum virile*[5]. Dans ces divers cas, mais dans ceux-là seulement, l'empêchement est devenu un *impedimentum publicum*.

III

La législation nouvelle sur l'empêchement d'impuissance se borne à la constitution de Sixte-Quint. Mais la jurisprudence sur cet empêchement a présenté une histoire intéressante dans la période qui suit le concile de Trente.

L'incident le plus remarquable de cette histoire, incident qui appartient tout entier au passé, c'est la procédure du *congrès*. Le congrès était une preuve, ou épreuve judiciaire, consistant

1. Voyez, Sehling, *die Wirkungen der Geschlechtsgemeinschaft auf die Ehe*, p. 71.

2. Schulte et Richter, p. 555 : « Experientia docet tam eos, dum se potentes ad coeundum jactitant, quam mulieres quæ eis nubunt, non ut caste vivant sed ut carnaliter invicem conjungantur, prava et libidinosa intentione, sub prætextu et in figura matrimonii turpes hujusmodi commixtiones affectare, quæ, cum peccati et scandali occasionem præbeant et in animarum damnationem tendant, sunt ab Ecclesia prorsus exterminandæ. »

3. Schulte et Richter, p. 555 : « Et insuper considerantes, quod ex spadonum hujusmodi et eunuchorum conjugiis nulla utilitas provenit, sed potius tentationum illecebræ et incentiva libidinis oriuntur. »

4. Schulte et Richter, p 556 : « Mandamus... ut eos etiam qui de facto sic contraxerint separari cures et matrimonia ipsa sic de facto contracta nulla irrita et invalida esse declares. »

5. Sehling, *op. cit.*, p. 71.

en ce que les époux devaient, devant des experts commis, chirurgiens, médecins et matrones, essayer d'accomplir l'acte sexuel[1]. Le congrès était ordonné par justice dans les procès où l'impuissance était prétendue d'un côté et niée de l'autre, les autres preuves faisant défaut ou étant insuffisantes.

Ainsi entendu, le congrès est un produit spécial de la jurisprudence canonique française du XVI^e^ siècle[2] : il ne paraît pas s'être établi dans d'autres pays. Mais il peut être considéré cependant comme un produit naturel des principes généraux du droit canonique en cette matière, et les premiers éléments qui ont servi à constituer cette bizarre institution ont une origine assez ancienne.

La cause intime et profonde qui fit recevoir cette monstrueuse procédure, fut certainement la perplexité dans laquelle les juges se trouvaient en ces sortes de causes. Les preuves diverses admises par le droit canonique classique, le plus souvent, ne pouvaient fournir aucune certitude ni même inspirer aucune confiance ; et nous avons vu un juge du XV^e^ siècle se recommander à Dieu avant de rendre la sentence[3]. Il n'est donc pas très surprenant que les officiaux aient accueilli cette épreuve, qui, quelque honteuse qu'elle fût, leur parut, dans sa brutalité même, fournir un témoignage irrécusable pour les parties. Mais on peut trouver des points d'attache plus précis.

Le cas le plus perplexe de toute la théorie était celui où une femme, qui s'était mariée n'étant plus vierge, accusait

1. Le terme même de *congrès*, *congressus*, signifie simplement le commerce sexuel ; il est employé dans ce sens par des auteurs qui ne connaissent point le *congrès* judiciaire ; d'Argentré, *Commentarii in patrias Britonum leges*, art. 429, glose 4, n° 5 : « Veluti quæ ab impotentia *congressus conjugalis* in altero conjugum probantur... Sed et in viris frigiditas perpetuo *congressum* prohibet et matrimonium dirimit. » — *Claudius de Saintes* (Theiner, *Acta*, II, p. 255) : « Si lege veteri fuisset conjugium simpliciter concessum sacerdotibus, cur prohibebatur *congressus* cum uxoribus, cum ministrare debebant? »

2. Cependant un annotateur de Févret en place la première application à Venise, en 1580 : *Traité de l'abus*, édit. Lausanne, 1788, tome II, p. 106, note *o* : « La pratique de cette preuve prétendue a commencé à Venise, vers l'an 1580 ; mais l'official qui l'a imaginée proposait des femmes publiques pour la subir. »

3. Ci-dessus, tome I, p. 263, note 3.

son mari d'impuissance. Il semblait alors que l'affirmation contraire du mari devait inévitablement triompher, s'il s'agissait simplement de *frigiditas*[1]. Des canonistes anciens des XIIIe, XIVe et XVe siècles vinrent en aide à cette malheureuse; ils proposèrent que, sur sa demande, le mari fût contraint d'admettre des matrones expertes dans la chambre conjugale, et qu'en leur présence *rem haberet cum uxore*[2]. C'est ce qu'admettent l'*Abbas antiquus*[3], Petrus de Ancharano[4], Johannes Andreæ[5], Antonius de Sancto Georgio (*Præpositus*)[6]. Mais cette opinion fut énergiquement combattue au XVe siècle par Alphonsus de Soto, et Sanchez la condamne comme malhonnête et contraire au texte des canons[7]. C'est elle cependant

1. Ci-dessus, tome I, p. 258.

2. Sanchez, *De sacr. matrim.*, l. VII, disp. CIX, n° 15 : « Quid sit dicendum quando mulier erat corrupta tempore contractus matrimonii, nec initio ipsius proclamavit nec per aspectum viri cognosci potest si vir sit frigidus necne. Aliquibus placet cogendum virum sustinere ut peritæ matronæ hoc inspiciant empore coitus : certa enim signa sunt in mulieribus quæ dicuntur cognitæ, et, si ipsæ testentur non habitam fuisse copulam, separandum esse matrimonium. Quia etsi hæc res turpissima sit, sustinenda est ob rem tanti momenti quanti est cognitio valoris aut nullitatis matrimonii. »

3. Sur c. v, X, *De frig.*, IV, 15, n° 2, cité par Sanchez, *De sacr. matr.*, l. VII, disp. CIX, n° 15.

4. *Commentaria in decretales Greg. IX*, sur c. v, X, *De frig.*, n° ult.

5. *Novella super decretales Greg. IX* sur c. v, X, *De frig.*, n° 5 : « Distinguit Abbas. Aut tempore contractus mulier gerebat se pro virgine, aut pro corrupta. Si pro virgine, si dicat se prius corruptam ab alio non auditur, cum turpitudinem suam alleget. Si gerebat se pro corrupta quia erat vidua, vel constabat eam ante matrimonium ab alio corruptam, inspiciendus est vir, et si per ipsius inspectionem statim potest de defectu constare, tunc poterit statim matrimonium separari... Si vero naturalia viri appareant sana et integra et ad copulam apta, dicit Innocentius quod mulier debet jurare cum septem consanguineis quod per eum cognita non fuit et tunc separari poterunt, ut videtur C. XXIII, qu. 1... Sed hæc jura loquuntur quando uterque hoc fatetur. Sed idem videtur si alter, quia qua ratione creditur eis in illo casu, et in isto. Tamen, si vir juret quod eam cognovit, crederetur ei quia stat pro matrimonio; vel dic quod astringeretur vir per juramentum dicere veritatem an possit eam cognoscere, arg. *De desp. imp.*, Attestationes, et si juret quod possit, cogitur sustinere quod mulieres inspiciant hoc tempore coitus; certa enim signa sunt in mulieribus quando dicuntur cognitæ, et si mulieres referant quod nihil fecit, poterit matrimonium separari. »

6. *Commentaria super quarto decretal.*, sur c. v, X, *De frig.*, n° 6.

7. Sanchez, *De sacr. matr.* l. VII, disp. CIX, n° 15 : « Sotus autem turpissime

que reprit au XVI^e^ siècle, pour la développer, la jurisprudence française[1].

Antoine Hotman, qui attaqua avec la plus grande vigueur la pratique du congrès, nous apprend que, lorsqu'il écrivait, elle ne remontait pas à plus de trente ou trente-cinq ans, ce qui place son introduction vers 1550[2]. Le moment était propice, car, dans la seconde moitié du XVI^e^ siècle et au commencement du XVII^e^, les procès en nullité de mariage pour cause d'impuissance paraissent avoir été fort nombreux[3].

adhiberi testes oculatos ait et ita rem tunc referendam ad testes ex auditu, qui deponant se ab ipsis conjugibus audiisse nunquam eos potuisse consummare matrimonium. Et ita clare censet nullatenus adhibendos testes oculatos. Quod omnino mihi placet, eo quod res turpissima ac o nuino honestati naturali adversa esset, atque ad libidinem matronas illas maxime excitaret, vel ipsum virum cum illis, aut forte præ pudore membrum virile contraheretur, nec ad coitum erigi posset; nec est textus id jubens. Quare nec id licitum esse judico. »

1. Tous ces précédents ont échappé à Sehling, *die Wirkungen der Geschlechtsgemeinschaft*, p. 81.

2. Ant. Hotman, *Traicté de la dissolution du mariage par l'impuissance ou froideur de l'homme ou de la femme*, seconde édition revisée et augmentée, 1610, Paris, p. 32 : « Aussi l'argument que l'on prend pour l'auctoriser sur la pratique du passé ne se peut tirer de plus loin que de trente ou trente-cinq ans. » La première édition du traité d'Hotman est de 1581, mais ce passage se trouve dans la seconde partie, qui a été composée et publiée quelque temps après la première, pour répondre aux critiques que celle-ci avait soulevées (p. 30 v° de notre édition). — Le Ridant, *Code matrimonial*, rapporte ainsi l'affirmation d'Hotman, p. 83 : « Antoine Hotman, fameux avocat au parlement de Paris à la fin du XVI^e^ siècle, assure que cette pratique infâme ne s'étoit établie au temps qu'il écrivoit que *quatre ans* auparavant. » Mais il y a certainement là une référence inexacte. La célèbre dissertation d'Anne Robert, où la question du congrès est discutée *pro et contra*, avec forces citations à la façon du XVI^e^ siècle, a pour point de départ un arrêt du parlement de Paris du 20 janvier 1587, par lequel celui-ci repoussa un appel comme d'abus dirigé contre la sentence d'un official qui avait ordonné le congrès : *Rerum judicatarum*, l. IV, c. x, édition 1604, p. 817. C'était probablement la première fois que la question était portée devant le parlement; mais la pratique était plus ancienne; l'avocat de Seia dit en effet, p. 806 : « Sed ipsa tot annorum experientia docuit visitationem et congressum certissimas esse virilitatis probationes. »

3. Mosnier, conseiller et lieutenant au bailliage de Viverois, *Les veritables alliances du droit civil et canon avec les ordonnances du roy, arrests des cours souveraines de ce royaume et pratique observée*, 1617, v° *Mariage*, p. 659 : « Laquelle susdite matière de séparation de mariage est fort fréquente du

Ce fut certainement la jurisprudence des officialités qui introduisit le congrès. Elle avait, en cette matière si délicate, peu de moyens de preuve à sa disposition, car Hotman nous apprend que même l'un de ceux admis par le droit canonique classique, le *juramentum septimæ manus*, ne se pratiquait plus en France[1]. Dans cette pénurie, on accueillit aisément l'expédient nouveau[2]. Il ne semble pas que les jurisconsultes de cette époque aient invoqué et utilisé les précédents contenus dans les anciens canonistes cités plus haut[3]. On pourrait même croire, dans ce XVI^e^ siècle si érudit et si imbu des Grecs et des Latins, que c'est un souvenir de l'antiquité classique qui en a fourni l'idée. En effet, Hotman se plaint que les jurisconsultes de son temps donnent comme raisons de décider un procès les citations des poètes et des philosophes antiques[4]; et, dans l'*Eunuque* de Lucien, on trouve cette épreuve proposée, pour savoir si un philosophe est vraiment en possession de sa virilité[5].

temps présent aux cours ecclésiastiques pour lesdits catholics, apostolics et romains, et aux cours royales pour ceux de la religion prétendue réformée, et c'est à raison de la frigidité, malefice et impuissance du mary et de la femme ou de l'un d'eux. »

1. *Op. cit.*, p. 26 : « Il y avait anciennement deux autres moyens, *per crucem* et *per jusjurandum septimæ manus*, qui ne se pratiquent plus aujourd'hui, car l'un estoit une sorte de sorcellerie, et l'autre, qui est l'asseurance de sept qui jurent pour l'innocence d'une partie, ne se pratiquoit sinon quand le mary et la femme estoient d'accord de se desmarier. » — Cependant, voyez une sentence de l'official de Paris, du 13 juin 1673, rendue sur un rapport de chirurgiens et sur la *septima manus*, dans Claude Horry, *Nouveau traité du mariage chrétien*, Paris, 1700, p. 276.

2. Hotman, *op. cit.*, page 26 : « Et au lieu de ces deux explorations, je ne scay par quel maheur de nostre siècle on en a introduit une, la plus brutale que l'on sçaurait excogiter. »

3. Hotman, *op. cit.*, p. 27 : « Mais ni luy (Panormitanus) ny autres qui ayent esté longtemps après luy ne se sont advisez de ce congrez. »

4. Hotman, *op. cit.*, p. 36 : « Et ainsy en délibérant sur les procès de mariage, l'un ameine l'autorité d'un poëte, l'autre se fonde sur un discours de Platon et d'Aristote »; p. 27 v° : « Quelque raison qu'ayent voulu mettre en avant ceux qui n'ont qu'une routine de l'officialité et qui se sont tant adonnez à la philosophie naturelle et ont faict si grand estat du droit civil des Romains qu'ils ont négligé les reigles de la chrestienté. »

5. *Eunuchus*, c. XII : « Οὐκ ὁμόψηφοι πάντες ἦσαν, ἀλλ' οἱ μὲν ἠξίουν ἀποδύσαν-

Ce passage est soigneusement visé par Antoine Hotman et par Anne Robert[1]. Mais Hotman donne de cette pratique une autre explication plus plausible, qui en trouve la source première, non dans l'érudition des savants, mais dans la grossièreté et la passion des plaideurs. Il suppose que ce fut la proposition d'un impudent qui en fournit le premier exemple[2], et, pénétrant plus avant dans cette formation coutumière, il admet que ce fut d'abord l'accord des parties en cause qui introduisit le congrès, non la volonté du juge qui l'imposa[3].

Quoi qu'il en soit, il s'établit fermement. L'arrêt de 1587, rapporté par Anne Robert, lui donna un solide fondement. Hotman, qui l'attaque, déclare qu'il n'est pas encore passé en coutume[4]; mais, d'autre part, il espère que ce mode de

τας αὐτὸν, ὥσπερ τοὺς ἀργυρωνήτους ἐπισκοπεῖν εἰ δύναιτο φιλοσοφεῖν τάγε, πρὸς τῶν ὄρχεων· οἶδε ἔτι γελοιότερον μεταστειλαμένους τινὰς τῶν ἐξ οἰκήματος γυναικῶν, κελεύειν αὐτὸν συνεῖναι καὶ ὀπύειν, καὶ τίνα τῶν δικαστῶν τὸν πρεσβυτάτον τε καὶ πιστότατον ἐφεστῶτα ὁρᾶν εἰ φιλοσοφεῖ. »

1. Hotman, *op. cit.*, p. 27 : « Il y eut (ce dit Lucian) un philosophe, qui, voyant tous ses compagnons empeschez pour juger si Bagoas estoit homme ou non et s'il devoit estre receu au nombre des philosophes, mit en avant cette forme de congrez pour sçavoir sy sur le champ il pouvoit faire preuve de l'estat de sa personne. Mais ce moyen fust trouvé si ord et si salle et si indigne de l'honnesteté publique qu'il fut rejetté. » — Robert, *op. cit.*, p. 792 : « Apud Lucianum, cum Bagoas philosophus peripateticus argueretur esse eunuchus, judicum cognitioni rei veritas commissa est... Sicque altera judicum sententia ad visitationem altera ad congressum pertinebat. »

2. Hotman, *op. cit.*, p. 27 : « Et est depuis peu de temps que ce moyen a esté pratiqué : dont le commencement peut avoir esté par l'offre de quelque impudent et deshonté, lequel accusé d'impuissance par sa femme, s'est vanté de faire preuve de sa valeur en présence de gens à ce cognoissans. Et si les juges peuvent par advanture avoir admis ceste espreuve tant par surprise et pour n'y avoir bien pensé. » — Cette supposition d'Hotman paraît avoir fait fortune et être devenue une vérité courante; voyez Guyot, *Répertoire de jurisprudence*, v° *Congrès* : « On attribue l'origine du congrès à l'effronterie d'un jeune homme, qui, étant accusé d'impuissance, offrit de prouver le contraire en présence de chirurgiens et de matrones. »

3. Hotman, *op. cit.*, p. 33 : « Et y a bien apparence, qu'il (le congrès) aict esté introduict non tant par l'ordonnance des juges que par appoinctement des parties, quand elles-mesmes s'y sont offertes, auquel cas on dict : *nullus esse judicis partes*, l. *Si convenit*, D., *De judiciis.* »

4. *Op. cit.*, p. 33 : « Et ceste pratique (sous correction de meilleur avis) ne

preuve tombera en désuétude, ce qui montre bien qu'il était déjà enraciné [1]. Il devint un moyen ordinaire dans l'arsenal des preuves; chacune des parties put le demander contre la volonté de l'autre, et le juge put alors l'ordonner et contraindre le récalcitrant à le subir [2]. Le congrès devint en quelque sorte de style et de droit commun, dans les actions en nullité de mariage fondées sur l'impuissance du mari [3]; et les femmes éhontées, qui, en intentant ces actions, n'avaient souvent pour but que de poursuivre et déguiser un véritable divorce, ne manquaient jamais d'en faire la demande dès le début du procès : ce n'est pas seulement le satiriste [4], mais aussi les jurisconsultes qui en témoignent [5].

doit point tourner en coustume pour estre authorisée: ains au contraire, si elle a esté tolérée par le passé, il est meilleur de la corriger, comme a esté faict en beaucoup de semblables affaires. »

1. *Op. cit.*, p. 27 v° : « Si l'on a donques osté les preuves qui se foisoient anciennement *per crucem* et *septima manu per conjuratores*, nous esperons que celle-cy, comme estant contraire à la loy de nature et contre l'honnesteté publique sera rejettée. »

2. Claude Horry, *Nouveau traité du mariage chrétien*, p. 250 et suiv., en rapporte un exemple frappant d'après les plaidoyers de Nicolas Rousset, imprimés à Paris en 1607. Il s'agissait de deux veufs remariés ensemble, et la femme accusait le mari de frigidité, bien qu'il eût eu plusieurs enfants de sa première femme : « Le mari se défend par fin de non recevoir, alléguant sa première femme et ses enfans ; néanmoins l'official ordonne le congrez, lequel a esté toléré par les arrests de la cour, comme seule preuve de la puissance ou impuissance. Appel par le mari. En cause d'appel, il presente requeste à ce que le delay de quinze jours porté par la sentence pour venir au congrez fût étendu à deux mois, dont il est débouté, ensemble de son appel par l'official de Noyon. Appel encore. L'official de Reims ordonne que la femme demeurera trois ans avec le mari dont *appel comme d'abus*... La cour (parlement de Paris) dit mal et abusivement jugé, ordonne que la première sentence sera exécutée, et pour cet effet renvoie devant l'official de Noyon... Arrest du jeudi, 19 janvier 1606. »

3. Mosnier, *op. cit.*, p. 701 : « Et avant que procéder en définitive, l'on a accoustumé d'interloquer sur le congrez. »

4. Boileau, satire VIII, v. 135 et suiv.

5. Hotman, *op. cit.*, p. 27 v° : « Aussi pensoit-on par adventure qu'un sy deshonneste congrez pourroit modérer la plainte des femmes, lesquelles au contraire (comme le siècle est malheureux) se sont par ce moyen fortifiées et dez le commencement de leurs procez requièrent elles-mesmes le congrez, sçachans toutes que ce leur est un moyen indubitable de gaigner leur procez. » — Anne Robert, *op. cit.*, p. 782 : « Tanta mulierum hujus sæculi

L'épreuve avait lieu devant des chirurgiens et des matrones[1], peut-être également en présence du juge[2].

Le congrès se maintint en France un peu plus de cent ans. Cependant, dès la fin du XVI^e siècle, les protestations n'avaient pas manqué. Les meilleurs jurisconsultes, Hotman, Févret, par exemple, démontraient clairement que non seulement c'était une procédure odieuse et infâme, mais que la preuve qui en résultait était des plus incertaines[3]. Il fallut, pour l'exclure, qu'en 1677 un procès particulièrement célèbre, la

procacitas est et licentia ut nihil fere quidquam occurrat in judiciis et senatu frequentius impudicis istis postulationibus et lascivis nuptarum querimoniis, quæ non modo non vindicantur sed et magno fori ecclesiastici dedecore, etiam cum applausu admitti solent. »

1. Anne Robert, *op. cit.*, p. 790 : « Ut is, qui seu vere seu ficte frigidus dicitur et ad coitum inhabilis, virilitatis suæ specimen in turba facere ac præsentibus medicis et matronis coire cogatur. » — Le Ridant, *Code matrimonial*, p. 69 : « Pour l'exécuter (le congrès) on choisit la maison d'un nommé Turpin, baigneur. Cinq médecins, cinq chirurgiens et cinq matrones y assistèrent. »

2. Hotman, *op. cit.*, p. 27 : « Car quelque asseurance que tout homme se puisse promettre (s'il n'est aussi brutal et impudent qu'un chien) confessera, s'il veut à part soy et sans passion bien considérer, qu'il n'est en sa puissance se faire paroytre capable du mariage *en la présence de la justice que l'on révère*, à la veue des médecins, chirurgiens et matrones que l'on tient pour ennemis. » — C'est Cabassut qui fournit la description la plus détaillée de cette procédure ; *Theoria et praxis juris canonici*, l. III, c. XXV, n° 6 : « In quibusdam Galliæ provinciis consuetudo inolevit ut non expectetur ad experientiam triennium, sed statuatur ut fiat conjugum congressus in alienis ædibus, de quibus conjuges ipsi convenerint aut quas judex ex officio assignaverit, certo die, in lecto cortinis circumvallato, præsentibus in eodem conclavi matronis et obstetricibus ab ipso judice deputatis, in alio autem contiguo conclavi assistentibus pariter medicis et chirurgis deputatis, per spatium trium quatuorve horarum, quibus elapsis, aut si per illud intervallum conjuges aut horum alter assistentes vocaverint, inspiciant assistentes personæ deputatæ si quæ sint congressus signa, et ad corporis feminei inspectionem solæ admittantur feminæ, ad virilis autem soli viri, qui quæve seorsim ea quæ sibi comperta fuerint in scripta referent judicibus legenda et examinanda... Et quod mirum videri possit, stylo episcopatus Parisiensis decernitur hujusmodi congressus, ut habetur in tomo III *Actuum et constitutionem cleri Gallicani.* »

3. Févret, *Traité de l'abus*, tome II, p. 106 : « Quant à l'autre preuve qui est le congrès, encore qu'elle ait été conçue et admise, toutefois c'est un moyen incertain, inutile et honteux, qui ne doit être admis qu'avec difficulté

cause du marquis de Langey [1], donnât au parlement de Paris l'occasion de le prohiber par un arrêt de règlement [2]. Cet arrêt du parlement de Paris fût jurisprudence générale [3], et la jurisprudence française, devant les cours séculières et ecclésias-

ou du tout rejetté, s'il se pouvoit. Il est incertain parce que les plus licenciés et voluptueux se trouvent assez souvent surpris en cet acte... C'est ce qui doit rendre ces essais odieux, et donner sujet aux juges de ne les point admettre et ordonner qu'avec une grande circonspection. » — Cf. Cabassut, *op. cit.*, l. III, c. xxv, nº 6.

1. Le marquis de Langey, dont le mariage avait été déclaré nul en 1659, après qu'il eût eu échoué dans l'épreuve du congrès, se remaria postérieurement et eut de cette seconde union sept enfants. Le Ridant, *Code matrimonial*, p. 67 et suiv.

2. Arrest du 18 février 1677 (Le Ridant, p. 84) : « La cour faisant droit sur les conclusions du procureur général du roi, fait défenses à tous juges, même à ceux des officialités, d'ordonner à l'avenir dans les causes de mariage la preuve du congrès. »

3. L'annotateur de Févret, *Traité de l'abus*, tome II, p. 106, note 1 : « Depuis cet arrêt rendu en forme de règlement, les officiaux n'ont plus ordonné cette preuve, et il y auroit abus s'ils y contrevenoient; de sorte qu'on ne pratique plus aujourd'hui cette infâme épreuve, dont l'exécution était honteuse et l'effet incertain; et il ne reste d'autres preuves d'impuissance que la visite. » — Cabassut, qui publia son traité en 1660, rapporte déjà des arrêts indiquant une réaction contre le congrès. C'est d'abord un arrêt du parlement d'Aix du 16 février 1640 qui repoussa l'appel comme d'abus intenté par une femme à qui l'official diocésain d'Arles avait refusé le congrès et ordonna la cohabitation triennale des époux; *op. cit.*, l. III, c. xxv, nº 7 : « Cum mulier ad senatum tanquam ab abusu ob denegatum sibi præfatum congressum appellasset, declaravit senatus nullum fuisse abusum, et remissa fuit mulier ad officialem. » C'est en second lieu un arrêt du parlement de Grenoble qui prit un moyen terme entre l'épreuve du congrès et celle du *triennium*, *op. et loc. cit.*, nº 9 : « Intermediam, inter diei unius aut alterius congressum et triennii cohabitationem, viam instituit senatus Gratianopolitanus in causa Susannæ Augueriæ circa viri sui, quam prætendebat, impotentiam; suo namque senatusconsulto judicavit tribus mensibus sequestrari Susannam in domo conjugibus amicæ nec suspectæ personæ, ad quam viro liber foret accessus omni hora diei noctisque, cum plena congressus quandocumque collibitum fuerit libertate : exacto deinde trimestri partem utramque comparituram apud commis-arium et juramento addicto responsuram num fuerit congressus consummatus. Si in eo facto discordent tum demum procedendum per visitationem medicorum et chirurgorum, de quibus partes convenerint, aut non convenientibus, quos commissarius designaverit... Istam porro intermediam viam, quam Gratianopolitanus senatus iniverat, vidi a quibusdam officialibus observatam et affectatam. » — Cabassut d'ailleurs, dans les éditions de son traité postérieures à 1677, a donné, en addition, l'arrêt de Langey; édit. Paris, 1703, l. III, c. xxv, nº 8.

tiques, revint aux seules preuves de l'impuissance que connaissait le droit canonique classique. Nous avons même vu que certains soutenaient, mais à tort semble-t-il, que la preuve par le *juramentum septimæ manus* y était tombée en désuétude ; d'autres prétendaient aussi que l'épreuve de la cohabitation triennale n'y était pas admise. Mais cette dernière affirmation est certainement inexacte [1].

IV

Sauf les modifications apportées par la constitution de Sixte-Quint, l'empêchement d'impuissance reste régi dans le dernier état du droit par les mêmes textes que dans le droit canonique classique. Mais le système décrit plus haut sur ce point [2] est trop suranné pour s'être en réalité conservé intact. Sans le renier, les canonistes modernes savent écarter l'application de ses règles les plus singulières, et la pratique de la cour de Rome lui a substitué presque totalement un système tout différent.

En cette matière, deux points surtout étaient de nature à attirer les justes critiques de l'esprit moderne : la théorie du *maleficium*, la théorie de la preuve quand il s'agit de *frigiditas*.

Les textes sur le *maleficium* étant formels et nombreux et n'ayant pas été abrogés, les canonistes modernes ne nient point absolument que l'impuissance puisse provenir du maléfice, tout en reconnaissant que la plupart des faits jadis rangés sous ce chef proviennent de causes naturelles [3]. Mais, en même

1. Benoît XIV, *De synod. diœces.*, l. IX, c. x, n° 2 : « Neque enim fides habenda est quibusdam doctoribus Gallicanis asserentibus prædictam cohabitationem triennalem non esse hodie in Galliis usu receptam ; eorum siquidem assertionem falsitatis redarguit et valide confutavit Bouhier, præses parlamenti Divionis in suo tractatu, edito anno 1735, *De matrimonii dissolutione ex capite impotentiæ*, p. 67. » — Cf. Horry, *Nouveau traité du mariage chrétien*, p. 251 et suiv.

2. Ci-dessus, tome I, p. 232 et suiv.

3. Feije, *De impedim.*, p. 414, note 1 : « In jure sermo est etiam de impo-

temps, ils semblent écarter ici l'empêchement dirimant en s'appropriant un raisonnement qu'avaient produit les plus anciens docteurs, mais qui jadis n'avait pas fait fortune. Ils se demandent, si dans ce cas, il peut jamais être prouvé que l'impuissance est perpétuelle et antérieure au mariage, deux conditions nécessaires pour qu'il en naisse un empêchement dirimant [1]. C'est en réalité condamner toute la théorie, et l'on sent bien que ce qu'ils en gardent n'est que pour la forme et par respect de la tradition.

Quant aux preuves de la *frigiditas*, la jurisprudence et les instructions de la Congrégation du Concile maintiennent les anciens moyens de preuve [2] : en premier lieu, la visite corporelle [3] ; puis, si les signes de l'impuissance ne sont pas physiquement évidents, mais seulement moralement certains, le *juramentum septimæ manus* [4] ; enfin, la cohabitation triennale, dont le délai court non pas à partir du jugement, mais à partir du commencement de la vie commune [5]. Mais c'est là en

tentia coeundi causata per maleficium seu dæmoni attribuenda. Posse ex maleficio impotentiam oriri absque temeritate negari nequit, quum concilia innumera, ritualia, theologi et canonistæ, ipsi quoque pontifices Romani hoc ponant. Imo potissimum contra hujusmodi maleficia suadebatur vel præscribebatur sacramentorum ante matrimonii celebrationem vel saltem consummationem susceptio... Insuper, ex signis, quæ auctores indicare solent, plura possunt absque ope dæmonis a causis naturalibus pervenire. » — Cf. Sehling, *die Wirkungen der Geschlechtsgemeinschaft*, p. 73.

1. Feije, *De impedim.*, p. 414, note 1 : « Ob ejusmodi tamen impotentiam difficillime perveniretur ad matrimonii nullitatem declarandam : vix enim intelligitur quomodo ejusmodi impotentia possit esse et probari antecedens simul ac perpetua. »

2. Feije, *De impedim.*, n° 541 : « Ipsi sacri canones et præsertim praxis sedis apostolicæ, quam indicant causæ tractatæ in S. C. C. ac præcipue ejus instructio 22 aug. 1840, probationum seriem et diversitatem indicant. »

3. Feije, n° 542, 543.

4. Feije, n° 544 : « Si signa impotentiæ non sunt physica evidentia sed tantum moraliter certa, præmittendum est juramentum a conjugibus se matrimonium non consummare potuisse, et necessarium etiam ut juramentum *septimæ manus*, quo septem pro utraque parte consanguinei, vel si tot consanguinei haberi nequeunt, vicini bonæ famæ jurent se credere conjuges dixisse verum. »

5. Feije, n°s 544, 545. Il fait pourtant cette remarque, p. 417, note 2 ; « Quod dicit Avanzius, *Acta s. sedis*, tome VI, p, 513 et 518, triennale expe-

quelque sorte un outillage démodé que l'on conserve, mais qui sert rarement; ou du moins il ne sert, le plus souvent, qu'à préparer une solution du litige, juridiquement tout autre que l'ancienne. En général, dans les demandes en nullité de mariage fondées sur l'impuisssance qui viennent devant elle, et lorsqu'il est établi que le mariage en fait n'a pas été consommé, la Congrégation du Concile ne rend plus aujourd'hui de jugement prononçant la nullité ou la validité du mariage. Elle demande au pape d'user du pouvoir, qui lui est reconnu par le droit canonique, de dissoudre par une dispense les mariages non consommés[1]. Par ce moyen, qui peut être employé toutes les fois que la femme est encore vierge, c'est-à-dire dans tous les cas vraiment intéressants, on évite de rechercher les causes et la nature de l'impuissance. C'est, au fond un divorce pour cause déterminée, autorisé par le pouvoir pontifical; on écarte ainsi les scandales et les incertitudes d'un procès en impuissance proprement dit, sans condamner deux époux à une vie insupportable et sans espoir.

SECTION TROISIÈME

Les empêchements prohibitifs.

Le concile de Trente n'a directement visé qu'un seul des

rimentum videri ab aula recessisse, id restringendum utique ad multos casus signorum moraliter certorum. Dixerit illud Avanzius quia in plerisque causis jam adfuit cohabitatio per plures annos, et consequenter non præscribitur tunc triennium, quia hoc computatur a tempore attentatæ copulæ. »

1. Feije, *De impedim.*, n° 545 : « Hodie re delata ad S. C. C. nunquam devenitur ad pronuntiandam nullitatem nisi denuo facta inspectione præstitisque reliquis supra indicatis. Imo signis manentibus dubiis solet potius sedes apostolica devenire ad dispensationem tantum, dummodo constet non esse consummatum et gravis sit dispensandi causa. Præfert tunc S. C. C. consulere SSmo pro ejusmodi dispensatione, quia non potuit impotentia vel saltem ejus perpetuitas et antecedentia sufficient r probari ut dissolutioni ex justitia videatur esse locus... Hodie S. C. C., ut supra diximus, plerumque consulit SSmo pro dispensatione in matrimonio rato non consummato, dummodo probata fuerit non consummatio et gravis existat causa. » — Voyez les décisions de la Congrégation citées par Feije, p. 419, note 2.

empêchements simplement prohibitifs, le *tempus feriarum*[1]. Il l'a, à la fois, confirmé et réformé.

C'était un de ceux qui avaient été particulièrement critiqués par les écoles protestantes[2]. Aux yeux des catholiques eux-mêmes, il était fort douteux que la prohibition dût être maintenue dans toute son étendue, c'est-à-dire *ab Adventu ad Epiphaniam, a Septuagesima ad octavam Paschatis, a diebus Rogationum ad octavam Pentecostes*[3]. En effet, selon les docteurs, sa principale raison d'être, c'est que jadis *tribus illis Paschatum temporibus communio esset ex præcepto ex concilio Agathensi*, c. XVIII[4]. Or, dans le droit nouveau, la communion n'était plus obligatoire qu'une fois par an, *solo Resurrectionis tempore*[5].

Le concile de Trente commença par défendre dans un canon la légitimité des règles anciennes, revendiquant pour l'Église le droit d'interdire la célébration du mariage à certaines époques de l'année[6]. Mais, dans le décret de réforme, il limita la portée de la prohibition, interdisant seulement la célébration solennelle des mariages de l'Avent à l'Épiphanie, et du mercredi des Cendres à l'octave de Pâques[7].

C'était, nous l'avons dit, une question anciennement agitée

1. Ci-dessus, tome I, pp. 396 et suiv.

2. Calvin, *Inst. christ.*, l. IV, c. XX, *in fine* : « Leges sanxerunt quibus tyrannidem suam firmaruut sed partim in Deum manifeste impias, partim in homines iniquissimas... Ne a Septuagesima ad octavas Paschæ, tribus hebdomadibus ante natalem Johannis, ab Adventu ad Epiphaniam nuptiæ celebrentur. »

3. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. VII, disp. VII, n° 1.

4. Saint Thomas d'Aquin, *Summa, Suppl.*, D. XXXI, qu. 1, art. 5. — Sanchez, *De sacr. matr.*, l. VII, disp. VII, n° 1.

5. C. XII, X, *De pœnit.*, V, 38.

6. Sess. XXIV, *De sacr. matr.*, c. XI (Schulte et Richter, p. 216) : « Si quis dixerit prohibitionem solemnitatis nuptiarum certis anni temporibus superstitionem esse tyrannicam ab ethnicorum superstitione profectam; aut benedictiones et alias cærimonias, quibus Ecclesia in illis utitur, damnaverit : anathema sit »

7. Sess. XXIX, *De reform. matr.*, c. X (Schulte et Richter, p. 220) : « Ab Adventu Domini nostri Jesu Christi usque in diem Epiphaniæ, et a feria quarta Cinerum usque in octavam Paschatis inclusive, antiquas solemnium nuptiarum prohibitiones diligenter ab omnibus observari sancta synodus præcipit;

que de savoir si, pendant le *tempus feriarum*, le droit canonique défend la célébration même du mariage *ante faciem Ecclesiæ* (c'est-à-dire dorénavant *coram parocho et testibus*), ou seulement les cérémonies religieuses et les fêtes profanes qui l'accompagnent, la bénédiction nuptiale et le festin de noces. C'est la seconde interprétation qui a triomphé; elle est d'ailleurs nettement commandée par les termes qu'a employés le concile soit dans le canon 11, soit dans le chapitre du décret de réforme[1].

Si le concile de Trente n'a pas directement touché aux autres empêchements prohibitifs, il a cependant exercé sur eux une profonde influence. En effet, il renforça beaucoup la valeur de l'empêchement prohibitif. Dans le droit antérieur, lorsqu'il suffisait du simple consentement des époux pour contracter mariage, les fidèles ne respectaient les empêchements prohibitifs qu'autant qu'ils le voulaient bien : le mariage qu'ils avaient contracté à leur mépris n'en était pas moins valable, et les peines que l'Église prononçait contre les contrevenants n'étaient pas de nature à les arrêter le plus souvent. Dorénavant les choses changeaient d'aspect. Le mariage était nul s'il n'avait pas été célébré par le *proprius parochus*, et celui-ci ne devait point se prêter à la célébration, s'il connaissait, même simplement de science privée et sans qu'aucune opposition eût été formée, l'existence d'un empêchement prohibitif[2]. L'empêchement prohibitif perdait son caractère simplement comminatoire et devenait, dans la plupart des cas, un obstacle sérieux ou même insurmontable.

in aliis vero temporibus nuptias solemniter celebrari permittit, quas episcopi ut ea quæ decet modestia et honestate fiant curabunt. Sancta enim res est matrimonium et sancte tractandum. »

1. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. VII, disp. VII, n° 12 : « Quod primo probat ipsa Ecclesiæ consuetudo, passim enim his temporibus matrimonia ineuntur conniventibus prælatis, nec punientibus parochos qui intersunt..., quia non expedit ut pia mater Ecclesia matrimonium tot temporibus prohiberet iniri, daretur enim ansa tunc admittendi plurima carnis peccata, cum non possint homines tunc matrimonio copulari, quod in concupiscentiæ remedium est introductum. »

2. Voyez Benoît XIV, *De syn. diœces.*, ci-dessus, tome II, p. 236, note 4.

Cette transformation eut une conséquence inattendue, mais logique. Elle fit tomber en désuétude et supprima les nombreux empêchements prohibitifs que les canonistes maintenaient encore sur la liste parce qu'ils avaient existé anciennement et se trouvaient mentionnés dans les textes du *Corpus juris canonici*, bien qu'ils ne s'expliquassent que par un état social depuis longtemps disparu. La persistance de ces empêchements dans la doctrine canonique ne présentait pas de grands inconvénients, tant qu'ils n'avaient qu'une efficacité restreinte et presque nominale. Mais, dorénavant, il n'en était plus ainsi. Maintenir ces empêchements, c'eût été non pas les conserver avec leur importance ancienne, mais leur conférer une importance toute nouvelle ; c'eût été rajeunir leur force, alors que leurs prescriptions étaient irrémédiablement vieillies. Aussi, dès le XVII[e] siècle, voyons-nous la liste des empêchements prohibitifs singulièrement raccourcie par la doctrine canonique. Cabassut n'en compte plus que cinq : le *votum simplex castitatis*, le *catechismus*, les fiançailles antérieurement contractées avec une tierce personne, l'*interdictum Ecclesiæ* et le *tempus feriarum*. Pour tous les autres, il les considère soit comme inexistants, soit comme abrogés par le concile de Trente[1] ou par la coutume[2]. Les meilleurs canonistes contemporains confirment ce résultat. Ainsi Feije, après avoir rappelé que les empêchements dirimants sont d'ordinaire énumérés dans ce vers mnémotechnique :

Ecclesiæ vetitum, *tempus*, *sponsalia*, *votum*,

ajoute bien, il est vrai, que cette liste n'est pas complète, et cela est parfaitement exact, car il faut y joindre tout au moins

1. Le concile de Trente n'en avait, à proprement parler, abrogé aucun ; mais, par ses réformes, il avait indirectement amené leur désuétude.

2. *Theoria et praxis juris can.*, l. III, c. XXI, n° 1 : « Quædam autem contractas nuptias non dirimunt, sed eas contrahi prohibent... Atque istius secundi generis quinque sunt impedimenta. Primum est votum simplex sive castitatis sive religionis suscipiendæ. Secundum est catechismus. Tertium

l'*impedimentum mixtæ religionis*. Mais, aussitôt après, il enseigne d'une façon très nette que les anciens empêchements prohibitifs fondés sur le *crimen* sont aujourd'hui abrogés, et même il comprend dans cette abrogation l'empêchement résultant du *catechismus* que Cabassut maintenait encore[1].

SECTION QUATRIÈME

Les actions en nullité.

Le concile de Trente et la législation postérieure n'ont pas réglementé à nouveau, directement et spécialement, la matière des actions en nullité de mariage. Mais ils ont édicté des règles importantes sur les causes matrimoniales en général, dont quelques-unes ont un rapport des plus étroits avec les principes des actions en nullité.

Le concile de Trente a décidé que les causes matrimoniales, en première instance, seraient exclusivement de la compétence des évêques : ne peuvent plus jamais en connaître les doyens, archidiacres, ou autres, qui, d'après le droit antérieur, avaient acquis compétence à cet égard par l'effet de la

sponsalia cum alio adhuc vivente conventa. Quartum est prælati seu judicis interdictum contrahendi, donec plenior de impedimentis notitia accesserit. Quintum est tempus intra quod prohibet Ecclesia matrimoniorum solemnia. Reliqua vero, quæ nonnulli censent impedimenta, vel nulla sunt, vel a concilio Tridentino abolita, vel a consuetudine. »

1. *De impedim.*, nº 548 : « Insuper existebant olim quædam alia impedimenta impedientia, de quibus disputatur an adhuc vigeant, aliis sentientibus ea esse per generalem consuetudinem sublata, imo unius alteriusve in ipso jure existentiam esse dubiam, aliis vero ea, vel certe aliqua, adhuc vigere. Talia erant catechismus seu responsio pro infante in suppletione cæremoniarum baptismi, et graviora quædam crimina, nempe incestus, uxoricidium, et probabilius etiam viricidium, presbytericidium, propriæ prolis interfectio, matrimonium attentatum cum moniali, propriæ proli collatus baptismus vel illius susceptio ex malitia ad frustrandam compartem, raptus sponsæ alienæ ; item pœnitentia publica. Existimamus in praxi hujusmodi impedimenta tuto haberi pro sublatis, non excepto incestu, de quo gravior quæstio est, nisi tamen in alterius impedimenti dispensatione sedes ap. peculiari clausula novum matrimonium incestuoso prohibuerit. »

coutume ou de la prescription[1]. Le même texte porte que les parties ayant prouvé leur pauvreté devant l'évêque ne pourraient être forcées de plaider hors de la province, en seconde ou en troisième instance, si ce n'est aux frais de l'adversaire[2].

Ces réformes opérées par le concile ont déjà une certaine importance; mais une réglementation nouvelle et bien plus notable est contenue dans une constitution de Benoît XIV[3]. Le pape a eu pour but de donner une force plus grande au principe de l'indissolubilité du mariage, en empêchant qu'il ne soit tourné par la connivence des parties, grâce à la légèreté des juges. Il veut qu'aucun divorce ne puisse se glisser sous le couvert d'une nullité de mariage trop facilement admise. Voici les précautions qui sont prises.

D'abord le gouvernement pontifical apportera le soin le plus scrupuleux dans le choix des *judices delegati*, auxquels il commet souvent le jugement des causes matrimoniales. Spécialement, semblable commission ne devra jamais être donnée aux doyens et archidiacres auxquels le concile de Trente refuse dans ces matières un droit de juridiction propre : c'est en principe un évêque qui devra être choisi[4].

Puis des précautions, des règles de procédure nouvelles sont introduites. Elles ont un caractère général, visant toutes les causes matrimoniales; mais cependant elles comportent deux systèmes distincts. L'un s'applique aux causes matrimoniales qui s'agitent devant d'autres tribunaux que ceux de la cour

1. Sess. XXIV, *De reform.*, c. xx (Schulte et Richter, p. 388) : « Ad hæc causæ matrimoniales et criminales non diaconi, archidiaconi, aut aliorum inferiorum judicio, etiam visitando, sed episcopi tantum examini et jurisdictioni relinquantur (etiamsi in præsenti inter episcopum et decanum seu archidiaconum aut alios inferiores super causarum istarum cognitione lis aliqua in quacunque instantia pendeat). »

2. Sess. XXIV, *De reform.*, c. xx (Schulte et Richter, p. 388) : « Coram quo (episcopo), si pars vere paupertatem probaverit, non cogatur extra provinciam nec in secunda nec in tertia instantia in eadem causa matrimoniali litigare, nisi pars altera et alimenta et expensas litis velit subministrare. »

3. Constitution *Dei miseratione* de l'année 1741, dans Schulte et Richter, p. 565.

4. Schulte et Richter, *loc. cit.*, § 1-3.

de Rome (*quoad causas matrimoniales quæ extra Romanam curiam pertractantur*); le second s'applique aux procès qui viennent en cour de Rome.

Pour les premières, dans toute cause qui met en jeu la validité ou la nullité d'un mariage, un personnage spécial, appelé *defensor matrimonii*, devra intervenir à côté des parties. Il devra assister, ou tout au moins être cité, à tous les actes du procès : ceux auxquels il n'aurait point été cité seront considérés comme radicalement nuls [1]. Ce *defensor* sera nommé par chaque juge ordinaire, et pris de préférence *ex vi virtu ecclesiastico*. Il aura un mandat permanent, et pourra d'ailleurs être destitué ou remplacé par celui qui l'a institué. Il prêtera serment de bien remplir ses fonctions et renouvellera ce serment dans chaque cause particulière [2]. On l'exhorte à prêter gratuitement son ministère, mais on ne lui défend pas d'exiger une rémunération; celle-ci sera alors fournie, sur l'ordre du juge, par la partie qui soutient la validité du mariage, si elle est en état de la payer; sinon, le juge en prélèvera le montant sur le produit des amendes appliquées aux œuvres pies [3]. Lorsque la cause viendra devant un *judex delegatus*, celui-ci choisira un *defensor* dans le diocèse où il siège [4].

Par la création de ce surveillant officiel des causes matrimoniales et spécialement des actions en nullité, le pape Benoît XIV a mis en œuvre, en la perfectionnant, une idée qu'avait eue au XIIIe siècle Hostiensis [5]; mais ce n'est pas tout, et d'autres précautions sont encore prises. Non seulement le *defensor* doit assister à tous les actes et produire tous les arguments qui militent en faveur de la validité du mariage, mais il a aussi, dans certains cas le droit et le devoir d'interjeter appel de la sentence rendue. Si le jugement rendu en première instance a prononcé la validité du mariage et que les parties

1. Schulte et Richter, *loc. cit.*, § 5-7.
2. Schulte et Richter, *loc. cit.*, § 7.
3. Schulte et Richter, *loc. cit.*, § 10.
4. Schulte et Richter, *loc. cit.*, § 10, 12.
5. Ci-dessus, tome I, p. 421.

n'en forment pas appel, le *defensor* ne peut pas non plus en appeler; et il faut en dire autant d'un jugement rendu en seconde instance et également en faveur du mariage [1]. Mais, au contraire, quand la nullité du mariage a été déclarée en première instance, le *defensor*, à défaut des parties, est tenu d'en interjeter appel [2]. Cependant, si, sur cet appel, le jugement rendu en seconde instance confirme la nullité du mariage, il est permis au *defensor*, comme aux parties, de ne point former un nouvel appel; les époux peuvent alors, chacun de leur côté, contracter une nouvelle union, sans que, pour cela, la sentence passe jamais en force de chose jugée, conformément aux principes généraux [3]. Dorénavant, d'ailleurs, deux époux ne pourront point considérer leur mariage comme nul, et se regarder eux-mêmes comme libres d'en contracter un second, tant qu'il n'aura été rendu qu'une seule sentence sur la question de nullité, alors même que, par la négligence du *defensor*, l'appel n'en aurait point été interjeté. Celui qui contracterait dans ces conditions, avant qu'une seconde sentence eût été provoquée et rendue, serait frappé non seulement des peines édictées contre ceux qui contractent au mépris de l'*interdictum Ecclesiæ*, mais encore puni comme bigame [4]; il en est de même de celui qui contracterait, l'appel étant encore pendant.

1. Schulte et Richter, *loc. cit.*, § 8.

2. Schulte et Richter, *loc. cit.*, § 8, p. 567 : « Sin autem contra matrimonii validitatem sententia feratur, defensor intra legitima tempora appellabit adhærens parti, quæ pro validitate agebat; quum autem in judicio nemo unus sit, qui pro matrimonii validitate negotium insistat, vel si adsit, lata contra eum sententia judicium deseruerit, ipse ex officio ad superiorem judicem provocabit. »

3. Schulte et Richter, *loc. cit.*, § 11 : « Si secunda sententia alteri conformis fuerit, hoc est, si in secunda æque ac in prima nullum ac irritum matrimonium judicatum fuerit, et ab ea pars vel defensor, pro sua conscientia non crediderit appellandum vel appellationem interpositam minime prosequendam censuerit, in potestate et arbitrio conjugum sit novas nuptias contrahere... Salvo semper et firmo remanente jure seu privilegio causarum matrimonialium, quæ ob cujuscunque temporis lapsum nunquam transeunt in rem judicatam. »

4. Schulte et Richter, *loc. cit.*, § 9 : « Appellatione a prima sententia pendente, vel etiam nulla ob malitiam vel oscitantiam vel collusionem defensoris

Pour les causes matrimoniales qui se jugent à Rome (*quæ Romæ disceptandæ sunt*), qu'elles viennent en première, en seconde ou en troisième instance, soit devant le cardinal-vicaire, soit devant la Congrégation du Concile, soit devant l'*auditorium* du palais pontifical, le pape ordonne d'abord la constitution d'un *defensor matrimonii*, selon le principe ci-dessus exposé [1]. Puis il s'occupe des causes qui viennent directement, en première instance, devant la Congrégation du Concile, ou devant l'*auditorium*, ou devant une congrégation particulière, afin d'assurer, pour ces cas, une garantie équivalente à celle que fournit pour les juridictions ordinaires l'appel obligatoire, ici impossible. Le pape décide que jamais une seule sentence, rendue par l'un de ces corps et prononçant la nullité du mariage, ne suffira pour permettre aux époux de contracter une nouvelle union. Il faudra toujours, pour cela, un second jugement, rendu, selon les cas, ou par le même corps, ou par des juges pris dans le même corps, mais autres que ceux qui avaient participé au premier jugement, ou par une autre congrégation, quand l'affaire était venue la première fois devant une congrégation particulière [2].

et partium interposita, si ambo vel unus ex conjugibus novas nuptias celebrare ausus fuerit, volumus ac decernimus, ut non solum serventur, quæ adversus eos, qui matrimonium contra interdictum Ecclesiæ contrahunt, statuta sunt. »

1. Schulte et Richter, *loc. cit.*, § 13.
2. Schulte et Richter, *loc. cit.*, § 14.

CHAPITRE VI

Le divorce et la séparation de corps. — Le concubinat.

I. Le divorce pour cause d'adultère devant le concile de Trente. — II. Les autres causes de divorce. — III. Le *divortium quoad torum*. — IV. Le concubinat.

Les règles du droit canonique classique sur le divorce et la séparation de corps étaient le produit d'une évolution trop longue et trop logique pour n'être point définitives. Elles n'ont fait que s'affirmer dans les temps modernes avec une rigueur plus grande, et l'Église a placé au rang des dogmes l'indissolubilité du lien conjugal. Il faut voir quand et comment s'est produite la proclamation législative de cette doctrine.

I

La question du divorce se posa forcément devant le concile de Trente. La doctrine de l'Église sur ce point avait été nettement repoussée par les écoles protestantes qui, inspirées par un sentiment d'humanité et de justice, avaient proclamé que l'indissolubilité du mariage ne pouvait être acceptée comme une règle absolue. En même temps elles s'accordaient à ne point admettre la liberté du divorce; elles ne le concédaient que pour certaines causes déterminées et prétendaient établir leur doctrine à cet égard sur les textes des Écritures et sur l'histoire de l'Église. Deux tendances diverses se manifes-

taient d'ailleurs parmi elles. Les unes admettaient seulement le divorce à raison de l'adultère, auquel cependant elles assimilaient l'abandon dolosif et persistant de l'un des époux par son conjoint. Les autres considéraient également comme causes légitimes de divorce véritable les sévices et mauvais traitements[1]. Dans ces débats il est évident que le point fortifié autour duquel devait se concentrer l'attaque et la défense, c'était le divorce pour cause d'adultère : c'était le cas le plus favorable, soit au point de vue des sentiments de justice, soit au point de vue des textes évangéliques ; c'était, on le sentait, la clef de toute la position. Si, sur ce point, il était fait brèche dans la doctrine, on sentait que bien d'autres causes de divorce passeraient à la suite[2] ; si, au contraire, on tenait ferme sur ce point, on se maintiendrait aussi sur tous les autres.

Aussi, ce fut d'abord la seule question que l'on présenta au concile de Trente. Elle était comprise parmi les huit propositions qui furent préalablement soumises à l'examen des *theologi minores*[3], et, dès les premiers débats, on en vit bien l'importance et aussi la difficulté. Tous les docteurs qui prirent la parole étaient partisans de l'indissolubilité absolue. C'était, pour eux, la conséquence nécessaire du sacrement[4], et ils cherchaient à écarter par des raisonnements l'idée de justice qu'on invoquait contre eux[5]. Mais deux objections leur paraissaient graves cependant. L'une était tirée du passage célèbre de

1. Voyez sur ce point Richter-Dove-Kahl, *Lehrbuch des katholischen und evangelischen Kirchenrechts*, 8e édit., p. 1175 et suiv., et les auteurs qu'ils citent.

2. Dans les Églises évangéliques allemandes, il se produisit un développement dans ce sens : le divorce, d'abord admis seulement pour une ou deux causes, fut bientôt largement ouvert. Voyez Richter-Dove-Kahl, *op. cit.*, p. 1178 et suiv.

3. Theiner, *Acta*, II, p. 232 : « III. Licere post repudiatam uxorem causa fornicationis iterum contrahere, vivente priore uxore. »

4. Jacobus Hugonis (Theiner, *Acta*), II, p. 246 : « Si licuisset aliam ducere, vinculum matrimonii non fuisset indissolubile, ergo nec rationem sacramenti habuisset. Nam de ratione sacramenti est indissolubilitas. »

5. Antonius Democharès (Theiner, *Acta*), II, p. 244 : « Præterea cum dicitur : Nemo puniendus est innocens et ex consequenti non debet puniri homo

l'Évangile selon saint Mathieu, qui s'interprétait si naturellement en faveur du divorce; l'autre était puisée dans l'histoire de l'Église, qui montrait le divorce, pour adultère de la femme, admis par des Pères anciens et longtemps pratiqué[1]. Par l'interprétation subtile de la théologie, les docteurs s'efforçaient de ramener le texte de Mathieu à l'opinion orthodoxe[2], et ils tâchaient d'affaiblir le témoignage des Pères dissidents[3]. Néanmoins l'un d'eux, Didacus de Sarra, reconnaissait que le texte de saint Mathieu pouvait en lui-même s'interpréter en faveur du divorce[4]; qu'il y avait sur ce point un doute. Mais les docteurs invoquaient comme décisive la coutume de l'Église romaine[5]; la détermination de l'Église avait fixé ce qui autrement pouvait paraître douteux[6].

propter fornicationem uxoris, responde : Talis non cogitur dimittere uxorem, sed permittitur. Quod si liceret viro aliam ducere, ergo liceret uxori, et ex consequenti adveniret etiam commodum uxori. »

1. Antonius Democharès (Theiner, *Acta*), II, p. 245 : « Ivo Carnotensis excommunicavit Rodulphum comitem, quod uxorem duxerit, dimissa priore, et Barthol(omæus) Suessionensis episcopus et duo alii episcopi suspensi sunt ab officio quia in id consensissent. »

2. Jacobus Hugonis (Theiner, *Acta*), II, p. 246; Johannes Ramirez, II, p. 247, 248.

3. Antonius Democharès (Theiner, *Acta*), II, p. 244 : « Responde Ambrosii dictum falsum esse. Nam ipsemet Ambrosius de Abraam contrarium dixit, et in aliis locis : nec unquam id permisisse suis diœcesanis, ut ex historiis constat. Alia auctoritas est Gregorii III ad Eustachium, qui concedit viro quod, muliere infirmante, alteri nubat. Quam auctoritatem falsam esse asserunt. Et ad Origenem super *Matth.*, XIX, qui dixit præsidem Ecclesiæ permisisse uxorem nubere, vivente viro : responde id factum fuisse, quod tamen ab Origene reprehenditur. »

4. Theiner, *Acta*, II, p. 249 : « His sic positis probatur ex verbis *Matth.*, XIX, non satis constare quid Dominus voluerit. Nam Dominus interrogabatur de dimissione, quæ, ut dictum est, includebat quod posset aliam ducere. Interrogabatur itaque an omnem ob causam liceret. Respondit non omnem ob causam licere : ob quam igitur? Ob nullam, inquit, excepta causa fornicationis. Ergo propter fornicationem licet ita dimittere et aliam ducere. Nam regula est quod exceptio format regulam in contrarium. Quare quantum sit ex his verbis licet dubitare, et Aug(ustinus) dubitavit atque Ambros(ius). »

5. Matthæus Guerra (Theiner, *Acta*), II, p. 248 : « Ex consuetudine etiam Romanæ Ecclesiæ, quæ omnium mater est et magistra, idem comprobatur, cum nunquam papæ cum talibus dispensaverint. »

6. Didacus de Sarra (Theiner, *Acta*), II, p. 249 : « His subnectam secundam

D'après ces débats, on composa un canon qui fut soumis en première lecture aux Pères du concile : il condamnait directement et formellement la thèse d'après laquelle le mariage pouvait être dissous pour adultère de l'un des époux, de telle façon que l'un et l'autre époux, ou du moins l'époux innocent, pût contracter un nouveau mariage. L'anathème était prononcé contre ceux qui soutenaient cette opinion [1]. Mais ce sixième canon, qui, dans cette forme raide, présentait la proposition comme une vérité éternelle et absolue et en faisait un dogme, souleva, dès la première lecture, une assez vive opposition. Personne ne se fit l'avocat du divorce; mais beaucoup demandaient qu'on cherchât, pour le condamner, une forme plus douce, qu'on ne prononçât pas l'anathème contre ceux qui en avaient soutenu la légitimité [2]. Ceux-là rappelaient que telle avait été l'opinion d'un certain nombre de Pères de l'Église, et qu'il ne fallait point lancer l'anathème contre ces docteurs [3]. Ils rappelaient aussi que la pratique de l'Église

conclusionem : in dubiis recurrendum est ad determinationem Ecclesiæ; nam a Christo dictum est : Spiritus Sanctus manebit vobiscum in æternum. Tertia conclusio : aliquando licuit dubitare de hac propositione, non licuit tamen facere contra illam et post determinationem Ecclesiæ ne tantillum quidem dubitare licet. »

1. Theiner, *Acta*, p. 313 : « VI. Si quis dixerit propter adulterium alterius conjugum posse matrimonium dissolvi et utrique conjugum, vel saltem innocenti, qui causam adulterio non dederit, licere novare conjugium, neque mœchari eum, qui, dimissa adultera, aliam duxerit; neque eam, quæ, dimisso adultero, alii nupserit : anathema sit. »

2. Dans Theiner, *Acta*, voyez les orateurs suivants : *Rossanensis senior*, II, 316; *Rossanensis junior*, 316; *Lancianensis*, 317; *Naxiensis*, 317; *Millopotamensis*, 318; *Senonensis*, 318; *Hierapetrensis*, 319; *Segobiensis*, 320; *Mutinensis*, 322; *Montisfalisci*, 324; *Brixiensis*, 327; *Gaditanus*, 330; *Lucensis*, 331; *Alyphanus*, 332; *Monopolitanus*, 332. D'autres demandaient la suppression pure et simple du canon 6 : *Aquitanensis*, II, 323; *Nucerinus*, II, 330.

3. *Rossanensis senior* (Theiner, *Acta*), II p. 316 : « In VI can. non videtur sibi procedendum per viam anathematis, sed tantum decreti, ne feriatur s. Ambrosius. » — *Rossanensis junior*, p. 316 : « VI contradicit s. Ambrosio (C. XXXII, qu. 7) ubi dicitur quod plures quam Ambrosius id dixerunt; idem apparet in concilio Arelatensi; Augustinus videtur solum assignare peccatum veniale dimittenti uxorem; quare tot doctores non sunt anathemate feriendi, aut addatur aliqua declaratio. » — *Gaditanus*, 330 : « In VI est auctoritas Ambrosii et aliquorum canonum, C. XXXII, qu. 7, c. XIII, si mulier infirmitate

avait pendant longtemps toléré le divorce [1], et que telle était la coutume traditionnelle de l'Église orientale [2]. Il se trouvera même des Pères qui, dans la suite des débats, produiront à cet égard une thèse curieuse. Ils soutiendront que l'on peut trouver dans les textes de l'Écriture un empêchement prohibitif contre le nouveau mariage des divorcés, mais non un empêchement dirimant, que ce dernier n'a été introduit que par la constitution de l'Église [3]. Dans cette revue des opinions anciennes,

correpta non potest debitum reddere, vir nubat, et est textus Gregorii III ad Bonifacium et Johannis VIII ad episcopos Bulgaros : quod si vir comprehendat uxorem conspirasse in vitam mariti, vir nubat, si non potest contineri; et ipsa maneat in pœnitentia injuncta; mulier incitata a marito in adulterium, si non potest contineri, nubat alii viro; ait Ivo : Si mulier non potest contineri, nubat cui voluerit in Domino. Quare hic canon fiat absque anathemate. » — *Segobiensis*, 320 : « VI can. placet quoad materiam, non autem quoad dispositionem; nam textus Evangelii ab Ambrosio, Basilio, Origene, Hilario et Gregorio magno intellectus fuit de separatione quoad vinculum. » — *Alyphanus*, 332 : « Canon sextus non placet. Nunquam enim Ecclesia anathemate processit, nisi quod est contrarium communi consensui catholicorum. Christus mitigat legem latam in *Deuteronomio* contra adulteras, dicens eas non interficiendas sed repudiandas. Tempore Origenis poterat duci alia. Eadem est opinio Basilii, qui vocat hanc consuetudinem Ecclesiæ in viro respectu uxoris; et non est contra. Idem dicunt Tertullianus, Lactantius et Hilarius, idem Ambrosius, idem Gregorius II, vel III. Augustinus dicit quod ducens aliam propter fornicationem venialiter peccat, nec unquam percussi sunt anathemate sic contrahentes. »

1. *Segobiensis* (Theiner, *Acta*), II, 351 : « Aliqui doctores asserunt dissolvi matrimonium propter minorem causam quam adulterium... Verisimile est quod tempore Tertulliani usus ducendi aliam uxorem erat in Ecclesia Africana, tempore Hilarii in Ecclesia Gallicana, tempore concilii Toletani in Hispana. »

2. *Ostunensis* (Theiner, *Acta*), II, 359 : « Hic enim ritus Græcorum non incepit tempore schismatis nec tempore hæresum ob quas damnantur, sed quando Græci erant uniti cum sede apostolica. Quare Eugenius IV in concilio Florentino, cum ipsi nollent relinquere hanc opinionem, non tamen eos damnavit. »

3. *Granatensis* (Theiner, *Acta*), II p. 340 : « VI quamvis sit verus et ipse credat quod prohibitum est a Scriptura propter fornicationem aliam ducere, tamen a Scriptura non habetur irritatio, quia non omnis prohibitio causat irritationem, ut puta post votum simplex contrahens facit contra prohibitionem, tamen matrimonium non est irritum. Similiter potest stare quod Christus prohibuerit propter fornicationem aliam ducere, tamen non propter hoc sequitur quod irritaverit. » — *Ostunensis*, p. 359 : « Alicubi invenitur in tali casu adjuncta pœnitentia, sed non dirimitur matrimonium. »

on ne manqua pas de rapporter celle, longtemps puissante, qui faisait une différence entre le mari et la femme, permettant seulement au premier de contracter à nouveau en cas d'adultère de l'épouse[1]. L'évêque de Ségovie proposait, en conséquence, une rédaction, qui ne posait point en dogme l'indissolubilité du lien conjugal en cas d'adultère de l'un des époux, et condamnait seulement ceux qui prétendaient que l'Église avait erré en enseignant cette doctrine[2]. Il est vrai que beaucoup de Pères étaient partisans du canon proposé par les présidents et commissaires du concile; certains déclaraient ouvertement que peu leur importait de condamner l'opinion des anciens docteurs[3].

A la seconde lecture, le projet fut représenté au concile dans les mêmes termes que la première fois[4]. Mais, dès le début, les choses prirent une autre tournure. Dès la première séance, en effet, on donna lecture d'une pétition importante des orateurs de la république de Venise. Ils rappelaient que la république avait parmi ses sujets des populations grecques qui recon-

1. *Hydruntinus* (Theiner, *Acta*), II, p. 315 : « In VI dicatur de viro non permitti ducere uxorem, non autem de muliere, quia hoc a nullo fuit dubitatum. » — *Segobiensis*, 320 : « Quod Augustinus dixerit non licere dimittere uxorem, et ratio ejus potest facile solvi ab Ambrosio, quia Paulus loquitur de recessu uxoris a viro, dicens eam manere innuptam; alterius autem rationis est vir, quia majoris libertatis est quam mulier. » — *Ostunensis*, 359 : « Hoc idem docet Tertullianus, Basilius; nec fit æqua lex viri et uxoris, quia, viro fornicante, uxor non poterat alium contrahere; sed, uxore fornicante, vir poterat aliam ducere : idem dicit Hilarius. »

2. *Segobiensis* (Theiner, *Acta*), II, p. 321 : « Dicatur ergo : Si quis dixerit Ecclesiam errasse, dicentem non dissolvi matrimonium quoad vinculum per fornicationem : anathema sit. »

3. *Justinopolitanus* (Theiner, *Acta*), II, p. 319 : « Quoad VI canonem dixit quod etiamsi feriatur Ambrosius, parum refert, quia quilibet particularis doctor potest errare. » — *Pactensis*, 321 : « VI conficiatur non obstante ritu Græcorum et authoritate Ambrosii. » — « *Quinqueecclesiensis* (p. 326) probavit VI canonem, prout jacet, quia juxta sententiam Vincentii Lerinensis debemus sequi communem sensum Patrum, non autem alicujus particularis, quantumvis sancti. » — *Ilerdensis*, 358 : « Canon maneat ut jacet. Basilius, Tertullianus, Chrysostomus, Hilarius, Ambrosius, videntur esse contrariæ opinionis, et similiter Epiphanius qui dixit quod Ecclesia suffert. Item Theophylactus et Theodoretus. Sed his nonobstantibus fi(a)t canon. »

4. Theiner, *Acta*, II, p. 335, canon 7.

naissaient la suprématie du saint-siège, mais qui suivaient cependant les coutumes et les rites de l'Église orientale[1] : tels étaient en particulier les habitants de la Crète, de Chypre, de Corcyre, de Zacinthe et de Céphalonie. Or la coutume traditionnelle de l'Église grecque admettait le divorce en cas d'adultère, et, quoique bien connue, elle n'avait été condamnée sur ce point par aucun concile général[2]. Il serait donc injuste et impolitique de lancer l'anathème contre les Grecs, à raison de cet usage. Les orateurs vénitiens proposaient, en conséquence, une rédaction qui n'avait pas cet inconvénient et qui se rapprochait beaucoup de celle qu'avait suggérée l'évêque de Ségovie[3].

Cette pétition fit incontestablement une grande impression sur le concile. Dans cette seconde lecture, un grand nombre de Pères déclarèrent formellement qu'il était juste de faire droit à la demande des Vénitiens[4]. D'autres, en même temps, par-

1. Theiner, *Acta*, II, p. 338 : « Præsertim cum in locis prædictis aliisque ditioni nostræ subjectis, licet suo ritu vivant, obediunt tamen præsulibus ecclesiasticis a sede apostolica assumptis. »

2. Theiner, *Acta*, II, p. 338 : « Exploratum quidem est consuevisse Græcos fornicariam uxorem dimittere et aliam ducere, sequendo, ut dicunt, antiquissimum ritum suorum Patrum ; nec in aliquo œcumenico concilio ob hoc condemnati aut aliquo anathemate percussi, quamvis ritus ipse fuisset Romanæ et catholicæ Ecclesiæ semper notissimus. »

3. Theiner, *Acta*, II, p. 338 : « Si quis dixerit sacrosanctam Romanam catholicam et apostolicam Ecclesiam, quæ est aliarum omnium magistra, errasse vel errare, quando propter adulterium alterius conjugum docuit et docet matrimonium non posse dissolvi, et utrumque conjugum vel saltem innocentem qui causam adulterio non dederit, non debere, altero conjuge vivente, aliud matrimonium contrahere, et mœchari eum qui, dimissa adultera, aliam duxerit, et eam, quæ, dimisso adultero, alii nupserit : anathema sit. » — On pourrait croire, d'après un passage des *Acta* que les orateurs français avaient aussi fait une proposition dans le même sens : *Card. Lotharingus*, II, p. 338 : « VII sic aptetur : Si quis dixerit Ecclesiam catholicam errasse vel errare quando propter adulterium, etc., ut dicitur in canone proposito *ab oratoribus Gallis.* » Mais il y a là probablement une de ces fautes d'impression ou de transcription dont la publication de Theiner fourmille ; il faut lire sans doute : *ab oratoribus Venetis.*

4. Theiner, *Acta*, tome II ; *Venetiarum*, p. 339 ; *Cretensis*, 339 ; *Granatensis*, *Florentinus*, 340 ; *Antibarensis*, *Rossanensis junior*, *Severinus*, *Jadrensis*, 341 ; *Lancianensis*, *Panormitanus*, 344 ; *Rheginus*, *Naxiensis*, 345 ; *Cattarensis*, *Millo-*

laient dans le même sens, mais surtout pour les raisons de fond qui avaient été produites dans la première lecture[1]. Il est vrai qu'en sens contraire beaucoup soutenaient énergiquement la première rédaction, la condamnation directe du divorce pour adultère, accompagnée de l'anathème : ils apportaient des raisons précises, montrant qu'ils voulaient bien que l'on en fît un dogme et condamnant ouvertement les Grecs[2]. Mais, malgré tout, il était visible que la grande majorité du concile inclinait vers la proposition des Vénitiens. Si elle eût été acceptée purement et simplement, le sens de cette décision n'eût pas été douteux : le concile eût confirmé la doctrine qui avait triomphé dans le droit canonique occidental, sans vouloir en faire un dogme. Mais il n'en fut pas ainsi : il fut introduit un nouvel élément qui devait rendre incertaine la portée de la décision à intervenir. C'est le cardinal de Lorraine qui introduisit le premier cet élément de trouble. Tout en se

potamensis, 346; *Cataniencis*, *Civitatis Castellanæ*, *Minerbiensis*, *Andegavensis*, *Britonoriensis*, *Custrensis*, 347; *Clodiensis*, 348; *Justinopolitanus*, *Recanatensis*, 349; *Cenetensis*, *Brugnatensis*, *Umbriaticensis*, 350; *Segobiensis*, *Niciensis*, 351; *Calamonensis*, *Segninus*, *Insulanus*, *Fesulanus*, 352; *Lesinensis*, *Leriensis*, *Aurelianensis*, 353; *Vulturariensis*, *Montismarani*, *Lucerinus*, 354; *Cavertanus*, *Montisfalisci*, 355; *Auriensis*, 356; *Sibinicensis*, 357; *Nicensis*, *Aquensis*, *Ostunensis*, 359; *Clusinus*, *Uxintinus*, 360; *Brixiensis*, *Comensis*, *Tutelensis*, *Calaguritanus*, 361; *Iprensis*, 363; *Barchinonensis*, 364; *Pennensis*, *Senecensis*, 365; *Torcellanus*, *Monopolitanus*, 367. Massarellus lui-même donne ce relevé, II, p. 371 : « Patres qui petunt satisfieri oratoribus Venetis sunt 97. »

1. Theiner, *Acta*, II; *Granatensis*, 340: « Non placet igitur quod sancti doctores damnentur. » — *Aliphanus*, 365 : « Origenes, Basilius, Hilarius, Lactantius et plures alii contrarium tenent, et idem Græci a temporibus apostolorum usque ad hæc tempora senserunt, et ideo canon fiat absque anathemate. » — *Generalis Augustini*, 368 : « Quapropter hic canon non fiat cum anathemate, et præsertim quia doctores, qui sunt columnæ Ecclesiæ, fuerunt contrariæ opinionis, et tanto magis quod omnes textus qui loquuntur non posse alteri nubere propter fornicationem, semper loquuntur de mulieribus. »

2. Theiner, *Acta*, II; *Almeriensis*, p. 358 : « VII canon maneat ut jacet, ne innuatur hoc esse juris ecclesiastici, non autem divini. » — *Ilerdensis*, 358 : « Moneat s. synodus dominos Venetos et alios ut non permittant Græcos loqui contra sedem apostolicam. » — *Soranus*, 365 : « VII maneat ut jacet ne Græcorum errores approbare videamur. » — *Asturicensis*, 355; *Gerundensis*, 356; *Legionensis*, 358; *Vestanus*, 360; *Parmensis*, 363; *Niochensis*, *Columbriensis*, 364; *Faventinus*, *Sagonensis*, *Amerinus*, 366; *Generalis Minorum*, 367.

rangeant à la rédaction présentée par les Vénitiens, il déclara que l'on pourrait ajouter que la doctrine professée par l'Église romaine était conforme aux Écritures[1]. Cette idée, dont on présenta quelques variantes[2], eut un grand succès, et pourtant elle allait rendre le texte obscur. Si, en effet, l'indissolubilité absolue était commandée par les textes de l'Écriture, comment pouvait-on admettre que les Grecs, en la repoussant, n'étaient pas condamnables ? C'est ce que virent bien un certain nombre d'orateurs[3]; mais, en sens inverse, on peut remarquer que, d'après le général des Mineurs conventuels, le canon, même dans sa forme première, n'aurait pas entraîné la condamnation des Grecs[4].

A la troisième lecture, le canon reparut modifié dans le sens des propositions combinées des orateurs vénitiens et du cardinal de Lorraine[5]. Il ne souleva que fort peu de critiques; quelques-uns des Pères qui avaient combattu la première rédaction, déclarèrent qu'ils acceptaient celle-ci, si les orateurs vénitiens s'en contentaient[6], et ceux-ci ne réclamèrent pas. Quelques autres, cependant, persistèrent dans leur opposition : l'un d'eux demanda même une dispute solennelle sur la ques-

1. Theiner, *Acta*, II, 338 : « Posset addi, juxta scripturas. »

2. *Nemausensis*, II, 360 : « In VII addatur Patrum antiquiorum traditione. »

3. *Aquileiensis*, II, 339 : « Placent omnes adnotationes factæ in canonibus a Lotharingo, præter id quod dixit in VII canone, quod addatur secundum scripturas. » — *Bracharensis*, 343 : « Quoad canones sequitur Lotharingum, excepto illo verbo VII canonis, secundum scripturas. » — *Chironensis*, 351 : « VII reformetur, prout dixit Lotharingus, excepto quod dixit secundum scripturas. »

4. *Generalis Minor. conv.*, II, 367 : « VII dixit quod potest sic stare, et eo non condemnantur Græci. »

5. Theiner, *Acta*, II, 387 : « VII. Si quis dixerit Ecclesiam, *quod juxta evangelicam et apostolicam doctrinam* propter adulterium alterius conjugum matrimonium non posse dissolvi docuit, et utrumque, vel etiam innocentem, qui causam adulterio non dedit, non posse, altero conjuge vivente, aliud matrimonium contrahere; mœcharique eum qui, dimissa adultera, aliam duxerit, et eam, quæ, dimisso adultero, alii nupserit : anathema sit. »

6. *Hierosolymitanus* (Theiner, *Acta*), II, p. 391 : « Canones placent, excepto VII, nisi is placuerit oratoribus Venetis. » — *Hydruntinus*, 392 : « VII placet, si placet oratoribus. » — *Clodiensis*, 394 : « In VII placebat canon propositus a Venetis, et nunc etiam placet cum annotationibus Lotharingi. »

tion[1]. Un évêque proposa de dire simplement que la doctrine de l'Église romaine était conforme à la tradition, ce qui pouvait laisser subsister des coutumes particulières[2]. En sens inverse, l'évêque de Léon réclama une rédaction plus sévère[3].

A la quatrième lecture, le même texte reparut, avec deux légères modifications qu'avait demandées le cardinal de Lorraine[4]. Il souleva peu d'objections. L'archevêque de Grenade s'y opposa encore[5]; l'archevêque de Palerme demanda qu'on rendît le texte plus net[6]; le cardinal Madruce, suivi par un certain nombre de Pères, fit une observation dont le sens n'est pas très clair[7]. Ce fut tout, et le canon fut définitivement adopté tel quel dans la XXIV[e] session, où l'archevêque de Nicosie protesta solennellement en faveur de l'orthodoxie des Grecs unis au saint-siège[8].

1. *Granatensis*, 392 : « VII canon non placet, non tantum propter Græcos, sed quia damnantur etiam plures Patres. » — *Alyphanus*, 396 : « VII canon non placet; sed placet propositus ab oratoribus Venetis; vel dicatur : Si quis dixerit esse contra evangelicam et apostolicam doctrinam, etc. Petit a legatis et a synodo ut committatur aliquibus Patribus, ut hoc disputetur, et ipse est paratus respondere. »

2. *Ostunensis*, 395 : « In VII desideraret dici hoc haberi ex traditione. Nam multæ sunt traditiones, quæ non sunt generales, prout fuit traditio de Paschate, quæ in Ecclesia romana habuit originem a sancto Petro, et tamen non erat traditio omnibus communis. »

3. *Legionensis*, 395 : « VII ponatur qui erat in principio, vel : Si quis dixerit Ecclesiam errasse cum evangelicam doctrinam docuit et docet. »

4. *Lotharingus*, 391 : « In VII dicatur *matrimonii vinculum* et *docuit et docet.* » Voyez les *canones quarto reformati*, p. 424, n° 7, et le texte dans Schulte et Richter, p. 215, c. 7.

5. *Granatensis*, p. 428 : « Non placet canon de adulterio, quia eo damnatur sententia multorum sanctorum. »

6. *Panormitanus*, p. 428 : « VI et VII lucidiores fiant. »

7. *Card. Madrutius*, 427 : « VII canon non placet, sed dicatur Ecclesiam juxta evangelicam et apostolicam doctrinam docuisse. »

8. Theiner, *Acta*, II, 464 : « Nicosiensi decretum *De clandestinis* non placet, reliqua placent : peto tamen, ne de recta et orthodoxa Græcorum, qui in regno Cypri sunt, fide aliqua suspicio in hac sancto synodo, occasione eorum quæ circa VII canonem adducta fuerunt, oriri possit. » — On peut voir que les constatations que je viens de relever dans les *Acta genuina* sont conformes en substance au récit de Fra Paolo Sarpi (l. VIII, c. XXXIX), bien qu'on l'ait accusé sur ce point d'avoir travesti les faits; Cf. Pallavicini, lib. XXII, c. IV; Per-

Après ce que je viens d'exposer, on ne trouvera pas étonnant que ce soit resté un point controversé entre les théologiens que de savoir si le canon 7 *De sacramento matrimonii* contient la déclaration d'un dogme ou seulement la confirmation d'un point de discipline et de doctrine canonique. La seconde opinion fut enseignée par plusieurs de nos anciens gallicans, Le Courrayer, Launoy, Van Espen, et par un certain nombre d'auteurs protestants[1]. Elle a pour elle l'histoire générale de la rédaction du canon 7, dans laquelle on voit que l'intervention des Vénitiens fut décisive. L'autre thèse est celle des théologiens orthodoxes[2]; elle a pour elle le renvoi aux Écritures que fit insérer dans le texte le cardinal de Lorraine. Au fond, le concile, en ce point, avait voulu deux choses contradictoires entre elles. Il avait voulu affirmer que la doctrine de l'Église romaine était seule conforme aux données des Écritures, et cependant il avait voulu en même temps ne pas condamner *in terminis* la doctrine de l'Église orientale[3].

II

Le projet présenté aux Pères du concile ne condamnait expressément que le divorce pour cause d'adultère; j'ai dit plus haut pourquoi cela avait paru suffisant. Mais, dès la première discussion, le cardinal de Lorraine exprima l'opinion qu'il fallait aussi condamner les autres causes de divorce admises par les écoles protestantes; en particulier trois pro-

rone, *op. cit.*, tome III, p. 407 et suiv. Deux traits seulement mentionnés par Fra Paolo, ne se retrouvent pas dans les *Acta*. C'est, d'un côté, le débat très vif qu'il signale, à propos de ce fait que les Grecs n'auraient pas été cités au concile; c'est, d'autre part, l'opinion qu'il relève chez un grand nombre de membres, d'après laquelle le concile aurait été réuni pour condamner les erreurs des protestants et non pour rechercher celles des autres nations.

1. Perrone, *op. cit.*, III, p. 4 et suiv.

2. Perrone, *op. cit.*, III, p. 4 et suiv.

3. Ce sentiment paraît bien exprimé par le *Generalis Prædicatorum* (Theiner, *Acta*), II, 367 : « Vel habeatur ratio oratorum, salva veritate. »

positions de Calvin, d'après lesquelles le mariage pouvait se dissoudre pour différence de culte, longue absence et *inconvenientia in conversatione*[1]. Il proposait, dans ce sens, un canon additionnel. Cette proposition fut appuyée par un grand nombre de membres[2]. Aussi, à la seconde lecture, fut-il ajouté un canon qui donnait satisfaction à cette demande[3]; il resta tel quel dans les deux rédactions suivantes[4] et fut adopté sans changement par le concile[5]. On peut remarquer que le divorce pour crime grave de l'un des époux n'a pas été visé expressément par le concile de Trente; un orateur proposa cependant de le condamner également par une règle générale; mais, en réalité, il voulait simplement éviter les difficultés spéciales que soulevait la condamnation du divorce pour cause d'adultère, en faisant rentrer ce dernier dans une catégorie compréhensive[6]. D'ailleurs, les écoles protestantes ne songèrent pas tout d'abord à cette cause de divorce. En effet, à cette époque, la plupart des crimes graves, à raison desquels le divorce sera admis dans la suite, entraînaient la peine de mort et, par conséquent, la dissolution naturelle du lien conjugal[7].

En établissant ainsi la doctrine rigoureuse de l'indissolubilité, le concile n'entendait pas exclure les causes spéciales de

1. Theiner, *Acta*, II, 314 : « Cuperetque novum addi canonem, in quo damnentur tres propositiones Calvini, videlicet : Quod dirimatur matrimonium propter disparitatem cultus, propter non convenientiam in conversatione, et propter longam absentiam. »

2. Theiner, *Acta*, II : *Panormitanus*, 317; *Senonensis*, 318; *Clodiensis*, 320; *Chironensis*, 321; *Calmonensis*, *Fesulanus*, 322; *Vulturianensis*, *Montismarani*, 323; *Metensis*, *Gerundensis*, 324; *Legionensis*, *Hierosolymitanus*, 326; *Comensis*, 327; *Venetiencis*, 329; *Columbriensis*, 330. Massarellus donne le relevé suivant, II, p. 371 : « Patres qui recipiunt canonem VII Lotharingi sunt 40. »

3. *Canones de sacr. matr. reformati*, Theiner, *Acta*, II, 335 : « V. Si quis dixerit propter hæresim, aut molestam cohabitationem, aut affectatam absentiam a conjuge dissolvi posse matrimonii vinculum : anathema sit. »

4. Theiner, *Acta*, II, p. 386, n° 5 et 424, n° 5.

5. Schulte et Richter, p. 215, n° 5.

6. Theiner, *Acta*, II, 367 : « *Generalis Prædicatorum* approbat canones cum annotationibus Lotharingi... De VII nihil dicatur; sed in canone Lotharingi addatur : Sive propter quodcunque aliud crimen. »

7. Richter-Dove-Kahl, *Lehrbuch*, p. 1178.

divorce que le droit canonique admettait par suite d'une tradition constante. L'une d'elles, cependant, était nécessairement contestée par les novateurs : c'était celle qui permettait à chaque époux, tant que le mariage n'avait pas été consommé, de rompre librement le lien conjugal en entrant en religion. Dès le premier projet, un canon était proposé pour condamner ceux qui contestaient cette doctrine[1]. Il ne souleva aucune objection; mais, tel qu'il avait été présenté, il réunissait, dans une rédaction complexe, une autre proposition se référant aux causes de *divortium quoad torum*. On pensa qu'il valait mieux séparer les deux règles, et l'on fit pour la première un canon distinct[2], qui reparut dans les rédactions successives, et fut adopté sans modification[3]. Par là, il était acquis que le mariage non consommé conservait le caractère relativement soluble qu'il avait dans le droit antérieur.

Le droit canonique connaissait aussi une autre cause de divorce, qui atteignait le mariage, même consommé : c'était le *casus apostoli*[4]. Mais on ne se préoccupa point de confirmer sur ce point la théorie. Elle était bien établie, et ce cas de divorce se dissimulait en quelque sorte, en ce qu'il était traditionnellement exposé à l'occasion d'un empêchement dirimant, le *dispar cultus*.

Ces décisions du concile de Trente sur l'indissolubilité du mariage n'ont plus été remises en question par les législateurs de l'Église. L'indissolubilité a été simplement affirmée de nouveau par le *Syllabus* de Pie IX[5], et par l'encyclique *Arcanum divinæ* de Léon XIII[6].

1. Theiner, *Acta*, II, p. 313, n° 8.

2. Theiner, *Acta*, II, 335 : « VI. Si quis dixerit matrimonium ratum non consummatum, per solemnem religionis professionem alterius conjugum non dirimi, anathema sit. » — Cf. *Acta*, II, 386, n° 6; 424, n° 6.

3. Schulte et Richter, p. 215, n° 6.

4. Ci-dessus, tome I, p. 221 et suiv.

5. *Errores de matr. christ.*, n° 67.

6. « Non est profecto in hominum commentis vel decretis facultas tanta ut immutare rerum naturalem indolem conformationemque possint... Igitur confitendum est de communi omnium populorum bono meruisse optime Eccle-

III

La théorie du droit canonique sur le *divortium quoad torum* n'était pas moins attaquée par la Réforme que celle sur le divorce proprement dit. Elle était contestée à deux points de vue distincts.

D'une part, c'était l'institution même du *divortium quoad torum* qui était prise à partie. On soutenait que c'était une invention relativement moderne, que l'histoire ancienne de l'Église ne justifiait pas[1]. On déclarait qu'une semblable séparation, pouvant constituer l'état perpétuel et définitif de deux mariés, était inadmissible; c'était, selon Luther, un mariage qui n'existait plus qu'en peinture et en rêve[2].

D'autre part, on reprochait à l'Église d'admettre des causes multiples de *divortium quoad torum*, alors que l'Écriture, le passage célèbre de saint Mathieu, n'en reconnaissait ouvertement qu'une seule, c'est-à-dire la *fornicatio*[3].

Le concile de Trente, en face de ces critiques, devait affir-

siam catholicam sanctitati et perpetuitati conjugiorum tuendæ semper intentam; nec exiguam ipsi gratiam deberi quod legibus civicis centum jam annos in hoc genere multa peccantibus palam reclamaverit; quod hæresim deterrimam protestantium de divortiis et repudiis anathemate percusserit; quod usitatam Græcis diremptionem matrimoniorum multis modis damnaverit..., quod demum vel a prima ætate leges imperatorias repudiarit quæ divorciis perniciose favissent. »

1. Perrone, *op. cit.*, III, p. 431 : « Incognitam ecclesiasticæ antiquitati separationem a toro convictuque, manente conjugali vinculo, haud pauci dixerunt, ut sic inferrent toties veteres locutos esse de solutione quoad vinculum, quoties de conjugii diremptione disseruerunt. » — Et en note (17) : « Ita omnes antiquiores hæretici sæc. XVI, Lutherus in lib. *De capt. Babyl.*, cap. *De matrim.*, Philip. Melanchton in *Loc. theolog.*, tit. *De conjugio*, Chemnitius in II part. *Examin. conc. Trid.*, aliique passim. »

2. Richter-Dove-Kahl, *Lehrbuch*, p. 1178, note 14.

3. Voyez les passages de Chemnitz, cités dans Perrone, *op. cit.*, III, p. 436 et 440. Ce reproche paraît avoir touché les théologiens catholiques, car ils déclarent encore que le *divortium* pour une cause autre que la *fornicatio* (*corporalis* ou *spiritualis*) a une nature particulière. Perrone, *op. cit.*, III, p. 430 : « Sed hæc separatio fit tantum jure ac via *defensionis*, non autem jure *matrimoniali* ob violatam conjugii fidem. »

mer la doctrine canonique établie par le développement de la jurisprudence et par la coutume. Le premier projet consacrait à cet objet une partie de son canon 8, et condamnait ceux qui prétendaient que l'Église errait en prononçant le divorce *quoad torum et cohabitationem*, perpétuellement ou à temps, pour d'autres causes que l'adultère[1]. Mais cette rédaction souleva quelques objections. L'évêque de Barcelone, en particulier, critiqua l'emploi du mot *divortium* et proposa d'y substituer celui de *separatio*[2]. Il est certain que le terme *divortium* était amphibologique en droit canon, puisqu'il y désignait deux choses très différentes ; mais on l'avait conservé traditionnellement en le précisant par l'adjonction des déterminatifs *quoad vinculum* et *quoad torum*. Le prélat parlait dans le sens de la terminologie qui a triomphé et qui distingue le divorce et la séparation de corps. Une autre objection, déjà signalée, venait de ce que le canon 8 traitait à la fois de la dissolution du *matrimonium non consummatum* et du *divortium quoad torum*[3]. Dans le projet proposé en seconde lecture, on avait fait droit à ces observations. La disposition formait dorénavant un canon distinct, et le terme *separatio* avait remplacé le mot *divortium*[4]. Mais une nouvelle difficulté fut soulevée par le cardinal de Lorraine. Il demanda qu'on supprimât les mots *vel perpetuo*[5]. L'orateur n'explique pas exactement quelle est sa pensée ; mais, sans aucun doute, il voulait qu'on

1. Theiner, *Acta*, II, 313 : « VIII. Si quis dixerit... vel Ecclesiam errare, dum ob alias causas, præter adulterium, facit divortium quoad thorum seu cohabitationem, ad tempus vel perpetuo : anathema sit. »

2. *Barchinonensis* (Theiner, *Acta*), II, 329 : « In VIII, ubi dicitur divortium, dicatur separatio a thoro. »

3. *Auriensis* (Theiner, *Acta*), II, 324 . « Et simpliciter hic canon non placet, quia immiscet divortium propter fornicationem cum aliis divortiis. »

4. *Canones reformati* (Theiner, *Acta*), II, 335 : « VIII. Si quis dixerit Ecclesiam errare, cum ob alias causas præter adulterium facit separationem inter conjuges quoad thorum seu cohabitationem ad tempus, vel perpetuo : anathema sit. »

5. *Card, Lotharingus* (Theiner, *Acta*), II, 338 : « Et VIII hoc modo : Si quis dixerit Ecclesiam catholicam errare, cum facit separationem inter conjuges quoad thorum seu cohabitationem ad tempus : anathema sit. »

évitât de présenter comme naturellement perpétuelle la séparation prononcée par l'Église. Il était vrai, en effet, que le *divortium quoad torum* du droit canonique n'était jamais perpétuel de sa nature, alors même qu'il n'était pas prononcé pour un laps de temps déterminé[1]. Cette critique, qui trouva des approbateurs[2] et des adversaires[3], amena une rédaction nouvelle où l'on remplaça le mot *perpetuo* par l'expression *ad incertum tempus*[4]. On avait, en même temps, cherché à viser la doctrine plutôt que la pratique de l'Église quant aux séparations[5]. Enfin, en dernier lieu, on proposa une rédaction plus générale que les précédentes, dans laquelle on ne précisait aucune des causes de *divortium*, pas même l'adultère, déclarant seulement que celles-ci étaient multiples[6]. C'est celle qui fut adoptée[7]. La théorie du *divortium quoad torum* est donc restée, après le concile de Trente, ce qu'elle était avant, et la jurisprudence postérieure n'y a apporté aucun changement ni développement.

IV

Le concile de Trente, ayant repris à fond la théorie du mariage pour l'éprouver ou la retoucher sur un certain nombre

1. Voyez ci-dessus, tome II, p. 96 et suiv.

2. *Calaguritanus* (Theiner, *Acta*), II, 361 : « In VIII, tollatur verbum perpetuo, et dicatur vel donec reconcilietur, si velit. »

3. *Almeriensis* (Theiner, *Acta*), II, 358 : « In VIII maneat verbum perpetuo quia propter hæresim subsequentem potest fieri separatio perpetua. » — *Nemausensis*, II, 360 : « In VIII non placet tolli verbum perpetuo. »

4. *Canones tertio reformati* (Theiner, *Acta*), II, 387 : « VIII. Si quis dixerit Ecclesiam errare, cum ob alias causas, præter adulterium, separationem inter conjuges quoad thorum seu cohabitationem *ad certum incertumve tempus fieri posse decernit* : anathema sit. »

5. *Generalis Soc. Jesu* (Theiner, *Acta*), II, 368 : « In VIII dicatur, cum decernit separationes, etc., quia Ecclesia potest errare in facto, sed non in decernendo. »

6. Theiner, *Acta*, II, 425 : « VIII. Si quis dixerit Ecclesiam errare, cum ob multas causas separationem inter conjuges quoad thorum seu quoad cohabitationem ad certum incertumve tempus fieri posse decernit : anathema sit. »

7. Schulte et Richter, p. 216.

de points importants, fut naturellement amené à envisager le concubinat. Celui-ci était d'autant plus à redouter, que la condamnation des mariages clandestins allait probablement multiplier, pour remplacer ceux-ci, les concubinages[1]. Aussi, dans le projet de *canones super abusibus circa sacramentum matrimonii*, figurait toute une série de mesures répressives dirigées contre le concubinage des laïcs. Tous ceux, de quelque rang et dignité qu'ils fussent, mariés ou non mariés, qui entretenaient des concubines devaient être par trois fois et d'office avertis par l'évêque, et, s'ils persistaient, ils étaient de plein droit frappés d'excommunication, jusqu'à ce qu'ils fussent rentrés dans l'ordre et eussent obtenu l'absolution de l'évêque. S'ils restaient sous le coup de cette excommunication pendant une année, il pouvait être procédé contre eux comme il était procédé contre les hérétiques, et ils étaient soumis aux peines édictées contre les adultères et les personnes suspectes d'hérésie. Quant aux femmes vivant publiquement en état de concubinage, après une triple monition de la part de l'évêque, si elles n'avaient pas obéi, l'ordinaire devait, même d'office, les frapper de peines sévères, et même de l'exil s'il le trouvait bon[2].

Cette proposition, quant aux principes du droit canonique,

1. *Generalis Soc. Jesu* (Theiner, *Acta*), II, 369 : « Si enim hoc edetur decretum (de clandestinis), frequenter violabitur præceptum Dei, quia plures incident in fornicationem. Nam quando aliquis est liber, non tenetur ad remedia castitatis. »

2. Theiner, *Acta*, II, 337 : « Quare ut huic tanto malo s. synodus opportunis remediis occurrat, statuit hujusmodi concubinarios, tam solutos quam uxoratos, cujuscunque status, dignitatis et conditionis existant, si, postquam ab ordinario, etiam ex officio ter admoniti ea de re fuerint, illas non ejecerint, ipso jure excommunicationem incurrere : cui perpetuo subjaceant, quoad re ipsa admonitioni factæ paruerint, et absolutionem ab eodem ordinario impetraverint. Quod si in concubinatu per annum, censuris neglectis, permanserint, contra eos tanquam de fide male sentientes jure agi possit; iisdem que pœnis, quibus adulteri et de hæresi suspecti subjaceant, puniantur. Mulieres vero, sive conjugatæ, sive solutæ, quæ cum adulteris, seu concubinariis publice vivunt, si ter admonitæ non paruerint, ab ordinariis locorum, nullo etiam requirente, ex officio graviter puniantur, et in exilium, si iisdem ordinariis videbitur, mittantur. »

n'avait rien d'exorbitant. Les diverses mesures qu'elle contenait avaient été édictées dans le passé contre les clercs concubinaires et leurs concubines, et même parfois la doctrine en avait présenté quelques-unes comme légitimes à l'encontre des laïcs [1]. Mais, en l'année 1563, cette sévérité était bien outrée et les moyens par lesquels on voulait qu'elle se manifestât n'étaient guère de mise, dans des contrées où le pouvoir séculier avait repris, avec la toute-puissance, le sentiment jaloux de ses droits. Aussi, presque tous les termes du projet furent-ils critiqués. Dès le début de la discussion, le cardinal de Lorraine vint déclarer qu'en France les droits du pouvoir temporel s'opposeraient à l'exécution de ces mesures [2], et d'autres proposèrent d'invoquer directement l'appui du bras séculier [3]. La peine de l'exil, édictée contre les concubines, souleva particulièrement des réclamations [4]; quelques-uns seulement l'approuvaient en rappelant que c'était une des *pœnæ vindicativæ* du droit canonique [5]. Le général des Augustins et celui des Mineurs déclaraient qu'il n'était pas convenable de livrer les

1. Voici ce que dit, à la fin du xv[e] siècle, Benedicti, *Repetitio in c. Raynutius*, v[is] *Et uxorem nomine Adel.*, n° 146 : « Sed cum... omnis fornicatio sit per concilium generale damnata in Clement. Ad nostrum, *De hæreticis*, adeo quod in ea vel alio perseverans peccato mortali ultra annum, etiam si papa esset, præsumeretur de fide male sentire, ut concilio generali deferri posset, secundum glossam singularem ab omnibus approbatam, c. *Si papa*, D. XL. »

2. Theiner, *Acta*, II, 341 : « Quoad id quod dicitur de concubinariis ab episcopo puniendis, nescit an hoc possit facere synodus, cum id in Gallia pertineat ad principes sæculares. »

3. *Aurelianensis* (Theiner, *Acta*), II, 353 : « Quoad canonem de concubinis invocetur brachium sæculare. » — *Brixiensis*, 361 : « De concubinis invocetur brachium sæculare. »

4. *Senonensis* (Theiner, *Acta*), II, 345 : « Non placet ut ordinarii locorum possint in exilium mittere; insolitum enim est ut exilio relegentur feminæ. » — *Pientinus*, 346 : « In IX tollatur quod dicitur de exilio. » — *Andegavensis*, 347; *Virdunensis*, 351. — *Parisiensis*, 351 : « Canon de concubinis non placet, nisi de concubinis clericorum, quæ possunt exilio puniri. » — *Aurelianensis*, 354 : « Nec conveniens est pœna exilii. » — *Jadrensis*, 343 : « De concubinariis apponatur pœna spiritualis tantum. »

5. *Generalis Aug.* (Theiner, *Acta*), II, 368 : « Potest stare quod dicitur de pœna exilii, quia est pœna canonis ecclesiastici. » — *Bracharensis*, 343.

concubinaires récalcitrants à l'*inquisitio hæreticæ pravitatis* [1]. Il n'était pas jusqu'à l'excommunication de plein droit qui ne fût critiquée [2]. Enfin, plusieurs faisaient remarquer qu'on devrait faire une différence entre les concubinaires mariés et non mariés [3].

Un Père avait proposé de laisser les concubinaires purement et simplement sous l'empire du droit commun [4], et cela eût été le plus sage. Mais un second projet fut présenté, considérablement adouci. Il contenait le même système de monitions que le premier, mais il remplaçait l'excommunication de plein droit par une excommunication *ferendæ sententiæ*; il ne livrait plus les concubinaires endurcis aux inquisiteurs, mais seulement à la juridiction de l'ordinaire; enfin, il ne prononcait plus contre les concubines la peine de l'exil proprement dit, et permettait seulement à l'évêque de les chasser de la ville ou du diocèse, en invoquant, s'il était besoin, le bras séculier [5]. Cette fois, il y eut peu d'objections; quelques-uns regrettèrent seulement qu'on eût abandonné l'excommunication de plein droit [6]. Le texte fut reproduit en dernière lecture [7] et définitivement adopté [8].

Mais cette disposition, en France du moins, ne pouvait avoir

1. Theiner, *Acta*, II, 368 : « Non placet quod dicitur, tradantur inquisitioni. » — *Generalis Minor.*, 367 : « Concubinarii non committantur inquisitoribus. »

2. *Granatensis* (Theiner, *Acta*), II, 342.

3. *Civitatis Castel.* (Theiner, *Acta*), II, 347; *Nemausensis*, 361.

4. *Venetiarum* (Theiner, *Acta*), II, 392 : « Quoad raptores servetur jus commune, et similiter quoad concubinarios. »

5. Theiner, *Acta*, II, 390 : « X... Si, postquam ab ordinario etiam ex officio ter admoniti ea de re fuerint, concubinas non ejecerint, seque ab earum consuetudine non sejunxerint, *excommunicatione feriendos* esse, donec re ipsa admonitioni factæ non paruerint. Quod si in concubinatu per annum, censuris neglectis, permanserint, *contra eos ab ordinario severe pro qualitate criminis procedatur.* Mulieres, sive conjugatæ, sive solutæ, quæ cum adulteris seu concubinariis publice vivunt, si ter admonitæ non paruerint, ab ordinariis locorum, nullo etiam requirente ex officio graviter pro modo culpæ puniantur, *et extra oppidum, vel diœcesim, si id eisdem ordinariis videbitur, invocato, si opus fuerit, brachio sæculari, ejiciantur.* »

6. Theiner, *Acta* : *Mutinensis*, II, 394; *Ostunensis*, 395; *Uxentinus*, 396.

7. Theiner, *Acta*, II, 426, n° 8.

8. Schulte et Richter, p. 220.

aucun effet; outre que le concile de Trente n'y fut pas reçu, en ce qui concerne la discipline, la position respective, qu'y avaient prise la juridiction séculière et la juridiction ecclésiastique, rendait inapplicable ce décret. Aux XIV^e^ et XV^e^ siècles, la juridiction ecclésiastique sévissait encore librement et fréquemment contre les concubinaires et fornicateurs : on en trouve de nombreux exemples dans le *Registre de l'officialité de Cerisy*[1]. A la fin du XV^e^ siècle, c'était encore une pratique commune[2], et, dans la glose de la Pragmatique Sanction, Guymier soutient que le concubinage est un délit ecclésiastique[3]. Mais la jurisprudence des parlements réagit contre ces usages. Au XVIII^e^ siècle, elle était fixée en ce sens que les officialités ne pouvaient jamais connaître du concubinage des laïcs[4].

1. N^os^ 218, 277 *b*, 373 *a*, 375 *b*, 392 *o*, 410 *h*.

2. Benedicti, *Repetitio in c. Raynutius*, VIS *Uxorem nomine Adel.*, n° 146 : « Cum hodie concubinatus præsertim manifestus, maxime ultra annum continuatus, sit illicitus, ita quod manifesti concubinarii publicantur singulis diebus dominicis per Ecclesiam excommunicati, ut notorie auditis et videtis. »

3. Titre *De concubinariis*, § *Et cum omne*, V° *Pertinet* : « Puta, judices ecclesiastici; nam concubinatus est crimen ecclesiasticum et de hoc tantum cognoscit Ecclesia. »

4. *Traité des deux puissances ou Maximes sur l'abus*, par l'abbé de Foy, Paris, 1732, p. 315 : « Du principe établi dans la maxime précédente que le juge d'Église ne peut connaître d'un délit qui intéresse la sûreté publique, et qui trouble l'ordre de la justice, il faut conclure... 2° Que l'official ne peut sans abus connaître du concubinage des laïcs, et des autres crimes qui occasionnent le désordre. Il n'appartient qu'aux magistrats d'interposer leur autorité pour faire cesser tout désordre, parce que c'est à eux seuls que le soin de maintenir l'ordre est confié. Le paragraphe *Cum omne*, II, *De concubinariis*, titre X, de la pragmatique, ratifié dans le titre XIII du Concordat, *De publicis concubinariis*, doit s'entendre de l'obligation des pasteurs de travailler à la conversion des concubinaires par de salutaires exhortations, et par l'exemple d'une vie chaste et sainte, et non pas d'un pouvoir qu'il leur donnerait de procéder contre eux dans les formes de la juridiction contentieuse. Il faut étendre cette règle même aux concubines des ecclésiastiques; il est certain que la jurisprudence des arrêts de tous les parlemens du royaume défend aux juges d'Église de procéder contre elles pour ce crime; on regarderoit comme entreprises manifestes les procédures criminelles et les citations que l'official feroit en ce cas. » — Quant à la jurisprudence séculière, dans l'ancienne France, sur la fornication et le concubinage, voyez : Muyart de Vouglans, *Institutes au droit criminel*, Paris, 1757, p. 488 et suiv. — Fournel, *Traité de la séduction*, 1781, p. 34 et suiv.

CHAPITRE VII

Les dispenses des empêchements.

I. La théorie de la *dispensatio* en général; son évolution. — II. Les règles qui admettent la *dispensatio*. — III. Les dispenses de mariage. Qui peut les accorder? — IV. La dispense des divers empêchements. — V. Les effets des dispenses; la *sanatio matrimonii in radice*.

Dans la réglementation canonique du mariage, la partie qui est restée le plus vivante et qui a conservé le plus d'importance pratique est celle qui concerne les dispenses des empêchements. Aussi, les traités modernes sur cette matière sont-ils remplis de détails minutieux, surtout quant aux causes pour lesquelles les dispenses sont accordées et quant à la procédure par laquelle elles sont obtenues [1]. Mais ici, où je présente simplement l'histoire des institutions juridiques, ce point de vue sera presque entièrement laissé de côté. Je voudrais seulement montrer comment s'est développé le système des dispenses et comment il a pu se concilier avec la législation exposée jusqu'ici. Mais, pour cela, avant de considérer les dispenses de mariage en particulier, il faut dire ce qu'est le droit de *dispensatio* en général, tel que l'a admis le droit canonique.

1. Voyez sur ce point : Feije, *De impedimentis et dispensationibus matrimonialibus*, 3e édit., Lovanii, 1875. — Caillaud, *Manuel des dispenses*, Bourges 1873. — Planchard, *Des dispenses de mariage*.

I

La *dispensatio* ne s'applique pas seulement en matière de mariage ; elle reçoit, au contraire, son application dans les matières les plus diverses et rayonne sur l'ensemble du droit canonique, mais elle peut être considérée comme une institution propre à celui-ci, comme un de ses produits originaux. Ce n'est pas qu'on n'en trouve des applications spéciales dans le droit séculier d'un assez grand nombre de nations occidentales. En Angleterre même, au XVII[e] siècle, les Stuarts réclamèrent, dans toute sa généralité, le *dispensing power* comme une prérogative naturelle du pouvoir royal[1]. Mais on peut affirmer que partout où ce droit s'est fait recevoir plus ou moins largement, avec les caractères qui le distinguent en droit canonique, il tire de celui-ci son origine.

Lorque la théorie de la *dispensatio* fut complètement développée et pleinement dégagée, elle correspondit à une conception toute particulière de la loi et de sa force obligatoire. On la définit en effet : l'acte par lequel une personne déterminée était soustraite, dans un cas donné, à l'application de la loi, sans que celle-ci perdît sa force et sa vertu générales[2]. C'était, par là même, considérer la loi comme une règle comportant des intermittences, et dont certaines autorités pouvaient écarter l'application à l'égard des individus qui y étaient soumis. On distinguait soigneusement la *dispensatio* de deux autres

1. Anson, *The law and custom of the constitution*, I, p. 265 et suiv. — Broom, *Constitutional law*, 2d éd., p. 492 et suiv.

2. Voici un certain nombre de définitions, du XIII[e] au XVIII[e] siècle. Glose sur *dictum*, c. v, C. I, qu. 7, VI[is] *Plerisque* : « Dispensatio est juris communis relaxatio, facta cum causæ cognitione ab eo qui jus habet dispensandi. » — Durantis, *Speculum*, l. I, part. I, *De disp.*, tome I, p. 55 : « Est provida juris communis relaxatio, utilitate sive necessitate pensata ; vel sic : dispensatio est rigoris juris, per cum ad quem spectat, canonice facta relaxatio. » — Covarrurias, tome I, p. 174 : « Dispensat vero circa jus qui, data legis obligatione, ab ea privatim aliquem eximit. » — Sanchez, *de sacr. matr.*, l. VIII, disp. I, n[os] 1, 2 : « Dispensare est aliquem a lege eximere, casu quo ad illam tenebatur

actes, qui pouvaient également faire échec à la loi, mais alors d'une façon générale : l'*abrogatio* et la *declaratio*.

L'*abrogatio*, détruisant la loi par un acte contraire du pouvoir législatif, lui enlevait sa force obligatoire à l'égard de tous : la *dispensatio*, au contraire, laissait à la loi sa force et son autorité générales; elle en suspendait simplement l'application dans un cas particulier. La *declaratio* n'était pas autre chose qu'une interprétation de la loi, par laquelle l'autorité compétente déclarait que celle-ci ne s'appliquait pas, en vertu des principes, à un cas particulier qu'elle semblait comprendre : c'est ainsi que, d'après des textes canoniques, l'homicide accompli en état de légitime défense, le vol commis pour satisfaire à un besoin nécessaire, ne tombent pas sous l'application des canons qui punissent l'homicide et le vol[1].

Dans la mesure où elle admet la *dispensatio*, la loi, pour le droit canonique, ne représente pas une règle absolument fixe : c'est le *spiritus mobilis* dont parle quelque part Yves de Chartres[2].

Mais cette conception de la *dispensatio* n'appartient pas au fonds ancien du droit canonique. La *dispensatio* se présenta d'abord, et pendant longtemps, avec un tout autre caractère, et constitua une intervention beaucoup plus simple et plus régulière de l'autorité ecclésiastique. Il faut nécessairement connaître ce premier état pour comprendre celui qui lui succéda[3].

Nous savons que la juridiction ecclésiastique, soit à l'égard

1. C. III, X, *De furtis*, V, 18.

2. *Ep. CCXXXVI*, p. 417 : « Cum ergo ea quæ æterna lege sancita non sunt, sed pro honestate et utilitate Ecclesiæ instituta vel prohibita, pro eadem occasione ad tempus remittuntur pro qua inventa sunt, non est institutorum damnosa prævaricatio, sed laudabilis et saluberrima dispensatio. Quod cum multi minus studiosi minime attendant, ante tempus judicant, spiritus mobilis et spiritus immobilis non intelligentes differentiam. »

3. Sur le développement des *dispensationes* en général, voyez Thomassin, *Vetus et nova Ecclesiæ disciplina*, deuxième partie, l. III, c. XXIV-XXVIII ; et sur l'histoire des dispenses en matière de mariage : *Conférences ecclésiastiques de Paris*, tome III, p. 322 et suiv.

des fidèles, soit même à l'égard des membres du clergé, ne fut, pendant des siècles, qu'une pure juridiction disciplinaire. Lorsque l'Église leur demandait compte d'un de leurs actes, il s'agissait simplement de savoir si une pénalité disciplinaire leur serait ou non appliquée, si tel fidèle serait exclu de la communauté, si tel laïc serait admis dans les rangs du clergé, si tel clerc serait privé de son rang et de sa qualité. C'était, nous l'avons vu, à ce point de vue, et à ce point de vue seulement que l'Église statua pendant longtemps sur le mariage des fidèles. Mais, lorsqu'il s'agit d'appliquer des peines disciplinaires, il est dans la nature des choses que les supérieurs, chargés de maintenir la discipline, tiennent largement compte des circonstances et des intentions. Il est naturel qu'au lieu d'appliquer rigoureusement les règles édictées, ils usent souvent d'une indulgence utile et bienveillante, laissant passer, sans les frapper, certains actes défendus cependant en principe et punissables. C'est ainsi que la *dispensatio* se présenta d'abord. Les textes les plus anciens qui en parlent se rapportent aux défaillances des fidèles pendant les persécutions ou à leur adhésion passagère à des hérésies [1]. Il suffit, pour s'en convaincre, de parcourir les textes qu'a rassemblés Gratien dans la question où il traite de la *dispensatio* [2].

Dans cette conception ancienne de la *dispensatio*, le droit d'accorder celle-ci appartenait naturellement à tous ceux qui

1. Durantis, dans son exposition dogmatique, donne à la *dispensatio* une origine sacrée. Elle serait l'imitation des actes de miséricorde que l'Ancien Testament attribue au Seigneur. *Speculum*, l. I, part. I, *De dispensationibus*, p. 55 : « Originem traxit dispensationis remedium ab eo, qui ex sola misericordia et dispensatione universa creavit et ea homini subjecit. Idem ipse dispensavit cum Adam et Eva transgressoribus, et post pœnitentiam dimisit illis peccatum. Item ex dispensatione salvavit Noe et filios ejus, cum unus illorum, scilicet Cham reprobus esset, etc. »

2. C. v et suiv. C. I, qu. 7. Glose sur c. v, *dictum*, vis *Nisi rigor* : « Hoc est quarta pars quæstionis, in qua probatur, per 17 auctoritates quod dispensationes fiunt sex modis. Jo(annes) de Fa(ventia). » — Voici comment Gratien résumait l'esprit de ces textes, *dictum* sur c. v : « Nisi rigor disciplinæ quandoque relaxetur ex dispensatione misericordiæ. Multorum enim crimina sunt damnabilia, quæ tamen Ecclesia tolerat pro tempore, pro persona, intuitu pietatis vel necessitatis sive utilitatis, et pro eventu rei. »

étaient chargés d'appliquer la discipline ecclésiastique, c'est-à-dire, suivant les cas, aux évêques, aux patriarches et aux synodes. Les évêques étaient les organes par excellence de ce pouvoir, par la seule raison qu'ils avaient la plénitude de la juridiction disciplinaire[1]. Cela s'appliquait, en particulier, quant à la dispense des règles établies en fait de mariage : cela apparaît bien nettement dans le concile d'Orléans de 528[2], et dans le concile de Meaux de 845[3]. Au concile de Trente, un théologien de marque a rappelé exactement cet ancien état de choses[4]. Yves de Chartres semble encore admettre qu'en principe la plénitude du droit de dispenser réside dans les évêques : car il désigne comme le possédant les *rectores*, les *principes ecclesiarum*[5]. Il paraît d'ailleurs, en même temps, envisager

1. M. Freisen explique autrement l'évolution que je vais exposer. Il reconnaît, comme un fait indéniable, que la plénitude du pouvoir de *dispensatio* appartenait jadis aux évêques, mais il le rattache étroitement, même dans son origine, au pouvoir législatif. « Le développement historique, dit-il (*op. cit.*, p. 891), montre le droit de dispenser comme compris dans le pouvoir législatif. Les organes compétents étaient en général les autorités qui pouvaient faire des lois. Anciennement le droit de dispenser était particulariste comme le pouvoir législatif. Les évêques, pris isolément, et les synodes accordaient des dispenses dans les cas voulus, et, pour les cas les plus graves, on en référait au pape. Ce recours au pape n'était aucunement la règle ; c'était, au contraire, l'exception. Une théorie générale de la *dispensatio* était anciennement inconnue. »

2. C. x (Bruns, II, p. 195) ; il s'agit des mariages prohibés entre parents et alliés : « Illud etiam adjiciendum esse credidimus ut in episcopi discussione consistat de his qui in civitate sua ac territorio consistunt et tali sunt ordine sociati, utrum ignoranter ad illicita conjugia venerint, an per contumaciam quæ sunt interdicta præsumpserint ; quia sicut his qui per ignorantiam lapsi sunt succurritur, ita illis quibus Patrum statuta in notitiam venerunt, quique etiam contra interdicta sacerdotum in tali versantur, priorum canonum in omnibus statuta serventur. »

3. C. LXV = c. x, C. XXXVI, qu. 2. Il s'agit de la prohibition de se marier édictée contre les *raptores*.

4. Didacus de Payva (Theiner, *Acta*), II, 261 : « Ad id quod dictum est in principio de Cypriano respondit quod ibi Cyprianus, ut primas Africæ, dispensavit cum virgine incontinente, quia tunc potestas dispensandi nondum erat reservata papæ, sed eam poterant etiam facere primates. »

5. *Ep. XVI*, p. 31 (il s'agit d'une question matrimoniale) : « In quibus sententiis non alia mihi videtur esse distantia, nisi ea quam inter se habent judicium et misericordia : quæ quotiens in unum convenirent *in discretione*

encore la *dispensatio* à l'ancien point de vue de la répression disciplinaire[1].

Mais cette conception de la *dispensatio* ne pouvait pas se maintenir lorsque l'Église eut acquis un droit ferme de juridiction et que le droit canonique, consolidé, fut devenu une véritable législation. Les lois sont, de leur nature, impératives, et s'imposent au juge[2]; celui-ci ne saurait les écarter sous prétexte que leur application à une hypothèse donnée présente des inconvénients. La *dispensatio*, telle qu'elle était traditionnellement pratiquée, était inconciliable avec le caractère nouveau que prenait le droit canonique; mais, en même temps, il semblait impossible de supprimer cet usage que le temps avait consacré, et qui fournissait souvent un heureux correctif de règles trop sévères. On fut invinciblemént conduit à maintenir la *dispensatio*, mais comme un acte de l'autorité législative elle-même, qui suspendait momentanément et localement la force de la loi. Cette conception nouvelle est contemporaine de la constitution scientifique du droit canonique au cours du XII[e] siècle. Les canonistes ne la dégagent point alors rationnellement, car ils ne s'attachent guère aux idées générales; mais elle sert de fondement à nombre de leurs décisions. Saint Thomas d'Aquin lui donne une expression des plus nette : il l'expose, d'ailleurs, non pas à propos du droit canonique en particulier, mais à propos des lois humaines en général. Après avoir indiqué les raisons qui semblent imposer

rectorum ita consistunt ut, habita consideratione salutis animarum, pro qualitate personarum, pro opportunitate locorum et temporum nunc severitas canonum possit exerceri, nunc indulgentia, quibus oportebit, impendi. » *Ep. LV*, p. 100 : « In hunc quoque modum, si velimus præteriti et præsentis temporis exempla colligere, inveniemus *principes ecclesiarum* quodam pro rigore canonum judicasse, multa pro temporum necessitate tolerasse, multa pro personarum utilitate dissimulasse. »

1. Voyez, outre les deux lettres citées à la note précédente, *Ep. LX*, p. 106; *CCXXXIV*, p. 407; *CCXXXVI*, p. 409.

2. Saint Augustin, *De vera religione*, c. XXXI : « In temporalibus legibus quamvis homines judicent de his, cum eas instituunt, tamen quando sunt institutæ et firmatæ, non licebit de ipsis judicare, sed secundum ipsas. »

l'application fixe et invariable des lois non abrogées[1], il établit la légitimité du pouvoir de *dispensatio*, en faisant observer qu'une loi, très bonne en général, peut, dans un cas donné, conduire à des conséquences fâcheuses, contraires à l'intention du législateur[2]. Mais le droit d'écarter l'application de la loi, par une semblable dispense, appartient à celui-là seul qui peut conférer aux lois leur autorité, c'est-à-dire à celui qui possède l'autorité suprême, le pouvoir législatif[3]. Saint Thomas voit bien que cette théorie enlève à la loi sa généralité et sa fixité véritables ; mais il croit trouver une réponse suffisante en disant que le pouvoir de *dispensatio* ne doit jamais être employé sans juste cause, toujours pour le bien commun, et que la véritable égalité consiste dans l'application à chacun de la mesure exacte qui lui convient[4]. Il ne déplaisait pas à l'esprit théologique de se représenter l'autorité suprême, sous la forme commune du pouvoir monarchique, jouant le rôle d'une sorte de providence, qui établissait des lois générales, mais intervenait au besoin pour les suspendre dans des cas particuliers.

1. *Summa, prima secundæ*, quæst. 97, art. 4 : « Videtur quod rectores multitudinis non possint in legibus humanis dispensare. Lex enim statuta est pro communi utilitate... sed commune bonum non debet intermitti pro privato commodo alicujus personæ. Ergo videtur quod non debeat dispensari cum aliquo, ut contra legem communem agat... Concedere alicui quod communiter denegatur omnibus, videtur esse acceptio personarum. »

2. *Ibid.* : « Contingit autem quandoque quod aliquod præceptum, quod est ad commodum multitudinis ut in pluribus, non est conveniens huic personæ vel in hoc casu, vel per hoc impediretur aliquod melius, vel etiam induceretur aliquod malum. »

3. *Ibid.* : « Et ideo ille qui habet regere multitudinem, habet potestatem dispensandi in lege humana, *quæ suæ auctoritati innititur*, ut scilicet in personis, vel in casibus in quibus lex deficit, licentiam tribuat ut præceptum legis non servetur. »

4. *Summa, prima secundæ*, qu. 97, art. 4 : « Si autem absque ratione pro sola voluntate licentiam tribuat, non erit fidelis in dispensatione, aut erit imprudens... Quando cum aliquo dispensatur ut legem communem non servet, non debet fieri in præjudicium boni communis ; sed ea intentione ut ad bonum commune proficiat... Non ut acceptio personarum, si non serventur æqualia in personis inæqualibus. Unde quando conditio alicujus personæ requirit rationabiliter ut in ea aliquid specialiter observetur, non est personarum acceptio, si ei aliqua specialis gratia fit. »

Cela lui paraissait surtout convenable lorsque la loi était le droit canonique et que l'autorité suprême, celle qui avait le gouvernement de l'Église, était la papauté. Dès la fin du XII^e^ siècle, celle-ci proclamait qu'elle pouvait mettre sa volonté au-dessus de la loi par son pouvoir général de *dispensatio*[1].

La *dispensatio* était devenue en réalité un acte du pouvoir législatif (qui ne se distinguait pas alors du pouvoir exécutif), tandis que, dans la première conception, c'était simplement un acte du pouvoir judiciaire. Elle conserva cependant en partie la forme d'un acte judiciaire en ce qu'elle devait intervenir *cum causæ cognitione*[2], et certaines de ses applications rappelaient de très près la *restitutio in integrum* du droit romain, par exemple les *dispensationes voti, juramenti, matrimonii non consummati*. Cette confusion n'était point faite pour embarrasser les canonistes à une époque où les notions de droit public se modelaient surtout sous l'action des romanistes, et où tout exercice de la puissance publique était volontiers présenté par eux comme un acte de *jurisdictio*.

Étant donnée la conception transformée de la *dispensatio*, la détermination des autorités compétentes pour l'accorder, quant au droit canonique, devait logiquement changer. Du moment que c'était devenu, sous une forme particulière, l'exercice du pouvoir législatif, celui-là seul devait pouvoir l'accorder, qui avait le droit de faire la loi. Or, lorsqu'il s'agissait d'une *constitutio ecclesiastica* générale, obligatoire pour l'Église entière, elle ne pouvait émaner que d'un concile général, ou de la papauté, qui avait pleinement, au XII^e^ siècle, conquis le pouvoir législatif sur l'Église. On était conduit à dire que, seules, ces autorités pouvaient dispenser d'une semblable loi, ainsi que d'une coutume générale et d'une règle de droit commun : en réalité, c'était concentrer ce pouvoir de *dispensatio*

1. C. IV, X, *De conc. præb.*, III, 8 (Innocent III, a. 1198) : « Per plenitudinem potestatis possumus de jure supra jus dispensare. »

2. Glose sur c. V, C. I, qu. 7, VIS *Ut plerisque* : « Dispensatio est juris communis relaxatio, *facta cum causæ cognitione* ab eo qui jus habet dispensandi. »

entre les mains du pape seul. Par là même, les évêques devaient perdre le droit propre de *dispensatio* qu'ils avaient antérieurement possédé. C'est bien ce que reconnaissent les docteurs [1] : Innocent IV allait même jusqu'à dire que les évêques ne pouvaient pas appliquer la *dispensatio* aux statuts qu'ils avaient faits eux-mêmes pour l'étendue de leur diocèse [2]. Ils refusaient également au légat du pape le droit propre de *dispensatio*[3]. Seuls avaient ce pouvoir, à côté du pape, ceux à qui le pape lui-même ou un concile général en déléguaient l'exercice [4].

Tel est bien le principe dominant qui se dégagea ; mais le pouvoir de *dispensatio* des évêques était fondé sur une tradition trop ancienne pour qu'il pût disparaître rapidement et complètement. La glose du Décret le reconnaît encore en principe, à moins qu'il ne soit écarté par une prohibition formelle [5]. Bernard de Parme constate qu'en fait les évêques dispensent à l'égard de divers conciles généraux [6]. Durantis, dans son grand ouvrage, suit, inconsciemment peut-être, l'ordre histo-

1. Panormit. sur c. xxxii, X, *De electione,* n° 18 : « Ponit glossa hic regulam quod episcopus non potest dispensare contra constitutionem concilii, et quotidie solet hæc glossa allegari. Vide etiam glossam in Clement. 1, *eod. titulo*, quæ sentit et bene quod regulariter nullus citra papam potest dispensare contra constitutionem concilii. »

2. Sur c. xv, X, *De temp. ordin.*, n° 4 : « Et nota quod episcopi non possunt dispensare contra jura condita a papa, nec aliis superioribus; sed nec contra jura quæ ipsi iidem fecerunt, adde nec contra approbatas consuetudines, licet ipsi possint tollere et interpretari. Ex quo enim leges fecit episcopus vel consuetudinem et jus alicui est quæsitum, ex illo jure non potest ei jus quæsitum tollere... Nec etiam antequam quæratur jus ex ea potest episcopus dispensare, quod quis in eam non incidat, cum non facta sit speciali commodo alicujus sed pro communi. »

3. Glose sur c. iii, X, *De consang.*, IV, 14, v° *Indulgentiam* ; glose sur c. vi, *ibid.*, vis *A sede.*

4. Sanchez, *op. cit.*, l. VIII, disp. V et VI.

5. Sur c. v, C. I, qu. 7, vis *Ut plerisque* : « De dispensatione episcoporum dico quod, ubicunque non est prohibita dispensatio, ibi possunt dispensare... In quibusdam tamen casibus invenio eis permissam dispensationem, in quibusdam prohibitam. »

6. Glose sur c. xxxii, X, *De electione,* I, 6, vis *In ætate* : « Credo quod non possunt dispensare in hoc contra concilium, licet de facto hoc faciant quandoque. »

rique en exposant la matière ; il traite d'abord de la *dispensatio* des évêques, puis de celle du pape[1]. Panormitanus admet encore que les évêques exercent, en cas de nécessité, le pouvoir général de *dispensatio*[2]. Mais la thèse logique se dégagea nettement, d'après laquelle celui-là seul qui a le droit d'établir les lois générales a aussi le droit de dispenser de leur application[3]. Il subsista néanmoins une réserve importante, qui faisait leur part aux règles du passé. On admit que lorsqu'un concile ou une décrétale déclaraient simplement que la *dispensatio* serait possible dans tel cas, cela devait s'entendre de la *dispensatio* accordée par les évêques : en effet, le *jus dispensandi* étant immanent dans la papauté, il était impossible et superflu de l'autoriser dans un cas particulier ; pour être utile, une semblable clause devait être rapportée aux évêques[4].

II

La *dispensatio* peut-elle s'appliquer à toute loi, à toute règle de droit ? A cet égard, une distinction fut établie de très bonne heure, et elle s'est maintenue. La *dispensatio* s'applique seule-

1. *Speculum*, lib. I, part. I, p. 67, *De dispensatione episcoporum* ; p. 77, *De dispensatione domini papæ*.

2. Sur c. XXXII, X, *De elect.*, I, 6, n° 10 : « Nam ponit glossa hic regulam quod episcopus non potest dispensare contra constitutionem concilii... Vide etiam glossam in Clem. 1, *eod.*, *tit.*, quæ sentit et bene quod regulariter nullus citra papam potest dispensare contra constitutionem concilii... Vide tamen omnino do(minos) de Rota, decis. 254, ubi dicunt quod ex magna causa necessitatis vel utilitatis potest episcopus dispensare. Hoc dictum puto procedere, quando oriretur aliqua causa urgens de novo et incognita verisimiliter per concilium tempore edito constitutionis. »

3. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. VIII, disp. VI, n° 14 : « Solius pontificis est hæc dispensatio : quia omnia illa sunt jure communi inducta, in quo, tanquam in lege superioris, nequeunt inferiores ordinarie dispensare. »

4. Glose sur c. VII, X, *De cler. excom.*, V, 26, v° *Dispensatum* : « Non dicit a quo. Ergo videtur relicta potestas dispensandi episcopis. » — Sanchez, *De sacr. matr.*, l. VIII, disp. V, n° 5 : « At verius est posse quoque tunc episcopum in eo concilii decreto dispensare ; quod revera canon id clare videatur concedere, dum in eo posse dispensare permittit : alias non opus esset ea verba addere. »

ment à la loi humaine, ce qui comprend le *jus pontificium* ou *constitutio ecclesiastica*, c'est-à-dire la législation qu'a faite ou acceptée l'Église. Quant à la loi divine, la *dispensatio* ne peut s'y appliquer; car, seule peut toucher à une loi l'autorité qui l'a établie ou une autorité supérieure. Les canonistes assimilent, à cet égard, le droit naturel au droit divin, le considérant comme directement établi par Dieu. Cette distinction remonte très haut, à l'époque où la *dispensatio* s'expliquait par les principes de la répression disciplinaire[1] ; elle se maintint, avec une base plus solide, lorsque la conception de la *dispensatio* eut changé[2].

Mais si ce principe s'est toujours affirmé, son application n'a pas été sans difficultés. Il faut, en effet, déterminer d'abord ce qu'on entendra par droit naturel; or, c'est une notion qui n'a jamais acquis une entière fixité, les termes *droit naturel* et *nature* ayant été pris dans les sens les plus divers. Gratien, et après lui les anciens canonistes[3], pour déterminer en quoi il consiste, se sont référés, d'un côté, aux paroles de l'Évangile sur l'esprit de charité, présenté comme l'essence de la Loi nouvelle[4], et, d'autre part, aux données du droit romain. Il est vrai que, dans un autre passage, Gratien paraît assimiler le droit

1. Voyez, sur ce point, les opinions des principaux théologiens depuis Fulbert de Chartres jusqu'à saint Bernard, dans Thomassin, *Vetus et nova Ecclesiæ disciplina*, Pars. II, l. III, c. XXIX.

2. D. XIV : « Item adversus naturale jus nulla dispensatio admittitur »; vis *Item adversus* : « Nunc assignat differentiam ejusdem juris ad alia jura in sententiæ rigore; nam contra alia jura admittitur dispensatio. » — C. II, D. XIV, et la glose v° *Sicut*. — Covarruvias, *Opera*, I, p. 174 : « Etenim lex divina continet ea quæ ab ipso Deo determinata sunt, non solum in communi ratione justitiæ, sed etiam quoad singulares actus : qua ratione dispensationem ab alio quam ab ipso Deo non recipit. » — Sanchez, *De sacr. matr.*, l. VIII, disp. VI, nos 2 et suiv.

3. Voyez les définitions des anciens glossateurs, dans Freisen, *op. cit.*, p. 894 et suiv.

4. D. I : « Jus naturæ est, quod in Lege et Evangelio continetur, quo quis jubetur alii facere quod vult sibi fieri et prohibetur alii inferre quod sibi nolit fieri. Unde Christus in Evangelio : Omnia quæcunque vultis ut faciant vobis homines et vos eadem facite illis. Hæc est enim lex et prophetæ. »

5. C. I, VII, D. I.

naturel, le droit divin et la loi canonique [1]. Mais cette assimilation n'est exacte que pour la partie des textes canoniques qui reproduit le *jus divinum*; le maître lui-même déclare, dans ce passage, que les règles simplement canoniques doivent céder devant le droit naturel.

Quant au droit divin, les canonistes en trouvent l'expression seulement dans la lettre de l'Ancien et du Nouveau Testament, la Loi et l'Évangile. Mais ce qui, dans la Loi, est considéré comme immuable, ce sont uniquement les préceptes moraux qui y sont contenus, les parties rituelles ou mystiques ayant au contraire perdu leur valeur par l'apparition de la Loi nouvelle [2].

Tout ce qui, dans le droit canonique, se trouve en dehors du droit naturel et du droit divin ainsi conçus, apparaît comme législation purement humaine, et, par suite, susceptible de *dispensatio*. Cependant, à raison de divers textes, on se demanda pendant longtemps si les dispositions contenues dans les plus anciens conciles œcuméniques, fondement premier de l'organisation de l'Église, étaient *dispensabiles* [3].

Devant ces difficultés, les docteurs anciens avaient adopté

1. *Dictum* sur c. XI, D. IX : « Cum ergo naturali jure nichil aliud præcipiatur quam quod Deus vult fieri, denique cum in canonica scriptura nichil aliud quam in divinis legibus inveniatur, divinæ vero leges natura consistant : patet quod quæcunque divinæ voluntati seu canonicæ scripturæ contraria probantur, eadem et naturali juri inveniuntur adversa. Unde quæcunque divinæ voluntati, seu canonicæ scripturæ, seu divinis legibus postponenda censentur, eisdem naturale jus præferri oportet. Constitutione ergo, *vel ecclesiasticæ*, vel sæculares, si naturali juri contrariæ probantur, penitus sunt excludendæ. »

2. *Dictum* sur c. III, D. VI : « In Lege et Evangelio jus naturale continetur; non tamen quæcunque in Lege et Evangelio continentur, naturali juri cohærere probantur. Sunt enim in lege quædam moralia, ut : non occides et cetera; quædam mistica utpote sacrificiorum præcepta. Moralia mandata ad naturale jus spectant atque ideo nullam mutabilitatem recepisse probantur. Mistica vero, quantum ad superficiem, a naturali jure probantur aliena, quantum ad moralem intelligentiam, inveniuntur sibi annexa; ac per hoc, etsi secundum superficiem videantur esse mutata, tamen secundum moralem intelligentiam mutabilitatem nescire probantur. »

3. Glose sur c. V, C. I, qu. 7, VIS *Plerisque* : « Dicunt quidam indistincte quod contra quatuor concilia non possit dispensari, nec contra Evangelium vel

une méthode particulière. Tout en proclamant la distinction fondamentale que je viens de rappeler, ils n'en faisaient pas en réalité grand usage. Pour déterminer quelles règles admettaient ou non la *dispensatio*, ils procédaient par solutions isolées et fragmentaires, dont chacune s'appuyait sur des textes précis du *Corpus juris canonici*. C'est ainsi que procèdent Bernard de Parme[1] et Durantis[2]. Ce sont surtout les théologiens qui ont ramené la question à l'application rationnelle des principes posés : la formule, à cet égard, est donnée avec une netteté parfaite dans la *Somme* de saint Thomas d'Aquin[3].

En même temps, ceux-ci fournissaient de savantes et précises définitions du droit naturel[4] et de la loi divine; ils avaient une doctrine raisonnée sur la force obligatoire de la *Lex vetus* et de la *Lex nova*. Comme, à partir du XVI^e^ siècle, leur influence devint prépondérante sur le développement du droit canonique, ce furent leurs conceptions qui tendirent à remplacer les solutions de détail fournies par les canonistes.

Une question se posait encore : Était-il absolument impossible au pape d'accorder une dispense pour une règle rentrant

præceptum apostoli. » — Covarruvias, *Opera*, I, 174 : « Ex his deducitur intellectus ad textum, c. VIII, C. XXV, qu. 1, in quo Zozimus papa asserit Romanum pontificem nihil posse contra Patrum statuta sancire, est enim id intelligendum, quatenus ista statuta jus naturale vel divinum referunt... Dispensare autem potest papa circa jus humanum, etiam in his quæ ab apostolis fuerunt statuta. »

1. Glose sur c. IV, X, *De conc. præb.*, III, 8, v° *Dispensare*.

2. *Speculum*, lib. I, part. I, p. 78 et suiv. Voici comment il débute en parlant du pouvoir de la papauté : « De dispensatione domini papæ. Super quo notandum est quod sunt certi casus in quibus dispensare non potest, quibus exceptis, per consequens alia in ejus arbitrio relinquuntur. »

3. *Summa, prima secundæ*, qu. 97, art. 4 : « Ad tertium dicendum quod lex naturalis in quantum continet præcepta communia, quæ nunquam fallunt, dispensationem recipere non potest. In aliis vero præceptis, quæ sunt quasi conclusiones præceptorum communium, quandoque per hominem dispensatur, puta quod mutuum non reddatur proditori patriæ vel aliquod hujusmodi. Ad legem autem divinam ita se habet quilibet homo sicut persona privata ad legem publicam, cui subjicitur. Unde sicut in lege humana publica non potest dispensare nisi ille a quo lex auctoritatem habet, vel is cui ipse commiserit, ita in præceptis juris divini, quæ sunt a Deo nullus potest dispensare nisi Deus, vel is cui ipse specialiter committeret. »

4. Saint Thomas d'Aquin, *Summa, prima secundæ*, qu. 94, art. 2.

dans le droit naturel ou divin? Une opinion s'était produite de bonne heure qui, même ici, lui reconnaissait le droit de *dispensatio*, pourvu qu'il ne s'agît pas des articles de foi. Elle était indiquée dès le début du XII[e] siècle par Geoffroi de Vendôme[1]; elle avait été soutenue par Vincentius Hispanus, que rappelle, en l'approuvant, Panormitanus[3]. La même affirmation se trouve chez Johannes Andreæ[4]. Panormitanus, de son côté, professe cette thèse à plusieurs reprises et avec une grande netteté. Il en donne cette raison, que, si Dieu seul a le pouvoir de dispenser de la loi divine, il a pu déléguer ce pouvoir à quelqu'un, et que le pape doit justement être regardé comme ce délégué de Dieu sur la terre[5]: c'est un trait qui revient souvent chez les canonistes que d'appliquer aux actes de la divinité, tels qu'ils les conçoivent, les catégories juridiques du droit romain[6]. Cette doctrine avait d'ailleurs pour

1. Saint Thomas d'Aquin, *Summa*, *prima secundæ*, qu. 98-105; qu. 106 et suiv.

2. Cité par Freisen, *op. cit.*, p. 894 : « Sunt quidam qui Romanæ Ecclesiæ omnia licere putant et quasi quadam dispensatione aliter quam divina Scriptura præcipit eam facere posse; quicunque ita sapit, desipit. Nam Romanæ Ecclesiæ post Petrum minime licet quod Petro non licuit. »

3. Sur c. IV, X, *De conc. præb.*, III, 8 : « In potestate vero dispensandi dicit hic Vincentius, quod in omnibus potest papa dispensare præterquam in articulis fidei, quod satis mihi placet, et est dictum valde notabile, et intellige de dispensatione proprie sumpta scilicet quam facit ex causa rationabili. »

4. Panormit. sur c. VII, X, *De voto*, III, 34, n° 17 : « Quærit Jo(hannes) An(dreæ) de tribus quæstionibus. Primo, an omnia liceant papæ; secundo, an omnia deceant; tertio, an omnia expediant. Quoad primum dic quod sic, si non fiant contra fidem... Quoad secundum, si est justa causa, si sibi decet. Quoad tertium, si ordine judiciario agit semper expedit facere justitiam nec illam perverti. »

5. Sur c. IV, X, *De conc. præb.*, III, 8, n° 12 : « In aliis vero non concernentibus fidem potest papa dispensare ex causa, quia ille qui dispensat non tollit legem, sed ex causa in certa persona vel ad tempus remittit et dispensatio est quandoque necessaria... quia verisimile est quod Deus ex causa dedit potestatem suam inter homines vicario suo; alias non fuisset bonus paterfamilias, si dimisisset gregem suum sine pastore, qui ex causa possit omnibus consulere... Cum idem sit Dei et vicarii sui consistorium, potest papa fere omnia facere, quæ Deus potest, clave non errante. » — Le même sur c. IV, X, *De elect.*, I, 6, n° 8; sur c. V, X, *De voto*, III, 34, n° 7.

6. Voyez mon étude sur *le Serment promissoire en droit canonique* (*Nouvelle Revue historique de Droit*, tome XII, p. 260).

point d'appui un texte où le pape Alexandre III permet à de pauvres pêcheurs, en temps de grande misère, de pêcher les jours de dimanche[1]. Elle fut reproduite dans les débats du concile de Trente[2].

En sens inverse, une opinion maintenait que le pape ne pouvait jamais dispenser du droit divin et du droit naturel; elle expliquait les textes, en apparence contraires, tels que le c. III, X, *De feriis*, en y voyant une *declaratio* du droit divin et non pas une *dispensatio*[3].

Enfin, d'autres docteurs font, quant au droit divin, une distinction qui équivaut à celle rappelée précédemment, et d'après laquelle le droit naturel se divise en *primaire* et *secondaire*[4]. Ils distinguent les règles du droit divin, qui sont de son essence même, et dont l'application constante et nécessaire ne saurait faire doute, et celles qui sont plus contingentes, non dans leur principe, mais dans leur application: pour les premières, la *dispensatio* ne se conçoit pas; elle est possible pour les secondes[5].

1. C. III, X, *De feriis*, II, 9. — Panormit. sur c. IV, X, *De usuris*, V, 19 : « Notatur quod contra dispositionem Novi et Veteris Testamenti papa non dispensat. Sed contra hoc facit c. *Licet*, *De feriis*, ubi videtur textus apertus in contrarium. Nam papa indulget ibi in diebus dominicis piscari propter necessitatem et tamen ibi sunt feriæ tam de jure divino quam humano. Sed potest dici hoc procedere in eo quod in se malum est, quia aliqua ratione non potest fieri bonum. »

2. *De Prato* (Theiner, *Acta*), II, 251 : « Cum dicunt... esse de traditione apostolica, ergo de jure divino, ergo indispensabile : respondit id non sequi, nam multa dispensantur quæ sunt ex traditione apostolica, ut jejunium quartæ feriæ, Quadragesimæ, bigamia, super quibus dispensatur; ut etiam quod mulier oret aperto capite et similia. »

3. Covarruvias, *De matr.*, pars. II, art. 6, § 9 (*Opera*, I, p. 174) : « Constat non recte locutum fuisse abbatem, dum sensit papam posse cum causa in jure divino dispensare... Id enim nullo jure subsistere potest. Habet enim potestatem Romanus pontifex interpretandi et declarandi jus divinum ; ex qua declaratione constabit jus illud ad casum aliquem non extendi, ex aliqua causa ; dispensandi vero nulla ei competit facultas, nec causa aliqua id pati potest... Quamobrem fugere omnino oportet dispensandi verbum jura divina et naturalia tractantem. » Et les auteurs qu'il cite, ainsi que ceux cités par Sanchez, *De sacr. matr.*, l. VIII, disp. VI, n° 2.

4. Ci-dessus, tome I, p. 70.

5. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. VIII, disp. VI, n° 6 : « Quædam sunt de jure

Telle est, dans ses traits généraux, la théorie canonique de la *dispensatio*. Il était nécessaire de la dégager avant d'étudier son application au droit du mariage. Pour exposer la doctrine à cet égard, je rechercherai, d'abord, par qui peuvent être accordées les dispenses matrimoniales, et, secondement, pour quels empêchements elles sont admises.

III

Le principe qui a prévalu, c'est que, pour le *forum externum*, le pape seul peut accorder la dispense des empêchements de mariage, soit dirimants, soit prohibitifs. La raison est que les uns comme les autres résultent des lois générales de l'Église. C'est là ce qu'enseigne déjà Sanchez dans les termes les plus nets[1]. C'est ce que constatent les modernes[2] : ils ne reconnaissent à l'évêque le *jus dispensandi* qu'en vertu d'une délégation expresse ou tacite de la papauté[3]; tout au plus aurait-il un pouvoir propre quant à la dispense des empêchements

divino, quæ absque dubio sunt de se ejus conditionis ut nunquam in ea cadere possit dispensatio aliqua pontificia, quod nequeat cogitari casus, in quo sit ratio dispensandi, ut ad fornicandum, vel ne filius veneretur parentes, vel ad mutandas sacramentorum formas. Alia vero sunt, quæ, licet in universum expediant, in aliquo casu speciali possunt non expedire, et ita admittere dispensationem... ut contingit in residentia episcoporum, quæ est de jure naturali et divino, in qua pontifex dispensare potest, et in consecratione sub utraque specie quæ est de jure divino positivo, in qua in remotissimis regionibus, ubi non est copia vini, potest juxta veriorem sententiam pontifex dispensare. »

1. *De sacr. matr.*, l. VIII, disp. VI, nos 14 et suiv. (empêchements dirimants). — L. VII, disp. XVII, no 10. — L. VIII, disp. X-XII (empêchements prohibitifs).

2. Feije, *op. cit.*, no 603 : « In omnibus impedimentis juris ecclesiastici, Romanus pontifex dispensandi potestatem habet, vi sui primatus; nemini vero alteri, cujuscumque etiam dignitatis, episcopo ea potestas est nisi pontifex concesserit, quum agatur de lege superioris; consuetudine etiam acquiri non potest nisi de pontificis approbatione constat. »

3. Feije, *op. cit.*, no 612 : « Quidquid asseratur de jure, quo antiquitus episcopi in pluribus impedimentis dispensaverint, certum eos nullo hujusmodi jure proprio potiri, quum impedimenta partem constituant disciplinæ universalis; expresso itaque vel tacito pontificis consensu indigent. »

prohibitifs qu'il a pu établir lui-même, par des statuts synodaux, pour la circonscription de son évêché[1].

Cette règle, résultat naturel de l'évolution décrite plus haut quant au droit de *dispensatio*, ne s'est dégagée sous sa forme absolue que dans les temps modernes. Longtemps les évêques ont gardé, au moins localement, des pouvoirs propres, vestiges de leur puissance ancienne, souvenirs de l'époque où ils étaient les *dispensatores* ordinaires. Ainsi, aux XVII^e^ et XVIII^e^ siècles encore, d'après les *Conférences de Paris*, un grand nombre d'évêques français accordaient de leur propre autorité la dispense de l'empêchement dirimant de consanguinité, au moins pour les quatrième et troisième degrés[2]. Cabassut, en signalant cette pratique comme suspecte, n'ose cependant pas la condamner[3]. C'était aussi, conformément à la doctrine ancienne[4], un point reconnu, qu'en cas de nécessité les évêques pouvaient accorder la dispense de tous les empêchements dirimants, *ex propria auctoritate*. En France, par une inter-

1. Laemmer, *Institutionen*, p. 409 : « *Ex auctoritate ordinaria* können die Bischöfe in der Regel nur von dem *impedimentum impediens*, das sie selbst für den Umfang ihrer Diöcese statuirt haben, dispensiren. »

2. *Conférences ecclésiastiques*, tome III, p. 338 : « Les évêques dont les prédécesseurs se sont conservés dans la possession de dispenser de quelques degrés prohibés, par exemple, ou du quatrième, ou du trois au quatre, peuvent encore dispenser de droit sans indult, et leur droit est confirmé par l'usage de leur diocèse : et ce sont, dit M. de Sainte-Beuve, les évêques de Languedoc et de Guyenne. On est dans ce même usage à Paris, à Châlons-sur-Marne et dans beaucoup d'autres diocèses de France, où l'on dispense même du troisième degré parce que le concile de Trente n'a défendu que les dispenses du second degré. Ces évêques sont fondés sur l'ancienne et paisible possession de leurs prédécesseurs, qui est autorisée et reconnue par les parlements de Toulouse, de Bordeaux et de Paris; il ne paraît pas qu'ils inquiettent les personnes qui se marient dans ces degrés avec des dispenses de leurs évêques. »

3. *Theoria et praxis*, l. III, c. XXVII, n° 5, p. 387 : « Quod aliqui affirmant posse ordinarios in hoc regno absolute dispensare ad contrahendum matrimonium in quarto, aut etiam in tertio cognationis aut affinitatis gradu, utrum id ita consuetudine invaluerit ut jus faciat, certum et indubitatum asserere non ausim. Scio alicubi ab ordinariis dispensatum; scio quoque id aliis ordinariis improbari. »

4. Ci-dessus, tome II, p. 324; et encore Sanchez, *De sacr. matr.*, l. II, disp. XL.

prétation large, on appliquait cela en général au mariage des pauvres, qui ne pouvaient faire les frais des dispenses demandées en cour de Rome[1]. Mais ces coutumes locales ont disparu dans la suite, considérées comme des abus[2]; et la règle même, qui reconnaissait aux évêques le droit propre de dispenser des empêchements dirimants en cas de nécessité, a disparu de la doctrine canonique, expressément condamnée par la Congrégation du Concile[3].

Le pouvoir des évêques s'est mieux maintenu quant à la dispense des empêchements prohibitifs. Au XVII^e siècle, Cabassut estimait encore qu'ils pouvaient accorder cette dispense, sauf deux exceptions[4]. A la fin du XVIII^e, c'était aussi la doctrine de Devoti, qui multipliait, il est vrai, les excep-

1. *Conférences ecclésiastiques*, tome III, p. 340 : « Il est encore des évêques qui sont en possession de dispenser de tous les empêchements dirimants. 1° Il est des pays d'où l'on ne peut aisément avoir recours au pape pour les empêchements publics. Il est nécessaire que les évêques usent de leur droit dans le nord et dans les isles orientales et occidentales; il y a même quelques évêchés d'Allemagne qui sont en possession de le faire. 2° En France, tous les évêques dispensent des empêchements dirimants publics, *inter pauperes, et ubi non est facilis recursus ad summum pontificem.* Dans ce cas de nécessité, ils rentrent dans leur droit. »

2. Au concile de Trente, un assez grand nombre de Pères avaient proposé de confirmer et régulariser cet état de choses en conférant aux évêques le droit de dispenser des troisième et quatrième degrés de parenté; mais cela ne fut pas adopté. Ci-dessus, tome II, p. 260; Cf. *Conférences ecclésiastiques*, tome III, p. 337.

3. Schulte et Richter, p. 271, n° 120 : « S. C. censuit episcopum in casu urgentissimæ necessitatis non posse ante contractum matrimonium ex impedimento publico dispensare. 13 mart. 1660. » — N° 121 : « S. C. ratam habuit declarationem sequentem a S. Congregatione Inquisitionis editam : Propositio asserens episcopum posse dispensare in publico impedimento matrimonium dirimente consanguinitatis pro matrimonio contrahendo, sive in articulo mortis, sive in alia urgentissima necessitate, in qua contrahentes non possint expectare dispensationem sedis apostolicæ, est falsa, temeraria, scandalosa, perniciosa et sediciosa. » — Cf. n° 122.

4. *Op. cit.*, l. III, c. XXVII, n° 7, p. 388 : « Ex rationabili et justa causa possunt ordinarii dispensare circa impedimenta non dirimentia, non solum ad prius contractum, sed etiam ad contrahendum matrimonium, exceptis votis simplicibus et absolutis perpetuæ castitatis et religionis... Navarra addens hanc esse ubique receptam consuetudinem. »

tions[1]. De nos jours encore, la même thèse est affirmée[2], quoique timidement ; on explique ce droit, que limitent de nombreuses réserves, par une coutume approuvée du saint-siège.

D'ailleurs, par tout un système de délégations expresses ou tacites, la papauté confère aux évêques le *jus dispensandi* dans la mesure où l'exigent les besoins de la pratique[3].

En dehors de leur pouvoir propre et de la délégation papale, les évêques peuvent avoir reçu d'une loi générale le pouvoir de dispenser dans un cas déterminé. C'est ainsi que le concile de Trente leur permet d'accorder la dispense des publications[4] ; on s'est demandé si un pouvoir semblable ne résulte pas d'un autre texte du même concile. Il s'agit d'un chapitre du décret *De reformatione matrimonii*, qui sera étudié plus loin[5] et qui décide dans quel cas devra être accordée ou refusée la dispense de l'empêchement de consanguinité[6]. Ce texte ne dit pas quelle autorité accordera alors la *dispensatio*, et, par cela même, d'après une interprétation indiquée plus haut et généralement admise, il semble que ce pouvoir est conféré aux évêques[7]. Mais, ici, cette interprétation ne peut s'appliquer ; il résulte de tout le contexte que c'est la *dispensatio pontificis* que le concile a eue seulement en vue ; il veut déterminer non la source de ce pouvoir, mais les conditions dans lesquelles il devra être exercé[8].

1. *Institutiones canonicæ*, l. II, tit. II, sect. IX, § 121 : « Episcopis permissa tantum est facultas laxandi impedimenta impedientia, exceptis hæresi et sponsalibus, in quibus non licet fidem fallere, invito eo, cui data est, et voto simplici aut perpetuæ castitatis, aut ingrediendi religionem, quod, cum purum fuerit nullique conditioni obnoxium, tantum Romano pontifici reservatur. »

2. Feije, *op. cit.*, n° 613 : « Consuetudine diuturna a Romanis pontificibus approbata, amplior est episcoporum potestas dispensandi in impedimentis impedientibus, eaque ex præfata consuetudine approbata ita est episcopali officio conjuncta, ut proprie non delegata, sed ordinaria vel quasi ordinaria dicatur. Non omnia tamen impedimenta impedientia, nonnulla etiam intra determinatos tantum limites, comprehendit. »

3. Feije, *op. cit.*, n^{os} 613 et suiv.

4. Ci-dessus, tome II, p. 171.

5. Ci-dessous, tome II, pp. 347, 353.

6. *De reform. matrim.*, c. v, Schulte et Richter, p. 219.

7. Ci-dessus, tome II, p. 324.

8. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. VIII, disp. VI, n° 19 : « Sed absque dubio te-

IV

Pour déterminer quels empêchements de mariage peuvent ou non être écartés par une *dispensatio*, les canonistes se réfèrent à la distinction fondamentale entre le *jus humanum* d'une part, et le droit naturel ou divin d'autre part[1]. Il faut même remarquer que ceux qui admettent en général une certaine *dispensatio circa jus divinum*, reviennent en cette matière à la thèse rigoureuse, d'après laquelle ni le droit naturel, ni le *jus divinum* ne comportent la *dispensatio*. C'est, en particulier, la doctrine de Sanchez[2].

neudum est non posse. Quia ex antecedentibus colligitur totum illud decretum cum pontifice loqui, proponendo illi expedire ut nunquam dispenset cum iis qui mala fide similia iniere matrimonia; secus quando cum bona fide. Adde sic quoque consuetudine explicatum hoc decretum. »

1. *De sacr. matr.*, l. VIII, disp. VI, nos 6, 10 : « Sed potest objici juxta hanc regulam licere quandoque pontifici dispensare ut quis sororem aut plures uxores ducat aut ut matrimonium consummatum dissolvatur. Posset enim casus accidere, in quo ad bonum commune pacemque reipublicæ tuendam id valde expediret... Verissima tamen sententia est in nullo impedimento jure divino naturali matrimonium dirimente posse pontificem dispensare, nec in casu aliquo speciali (excipe votum solemne religionis de quo est instituenda disputatio VIII)... Quamvis occurrere possit casus, in quo dispensatio in impedimento juris naturalis esset expediens bono communi et valde necessaria, ut matrimonio inito inter fratrem et sororem. At ex ea dispensandi potestate tot fornicationes inter fratres et sorores consurgerent, aut pericula tanti sceleris admittendi, ac tanta indecentia naturalis est in iis matrimoniis ut præponderent hæc bono, quod sequi posset, hac facultate dispensandi relicta in Ecclesia, qua relicta, forte ad plures quam par est dispensationis via aperiretur. Et ideo Deus optimus maximus omnino circa hæc potestatem dispensandi denegavit, sed tantum facultatem hæc matrimonia ineundi concessit, ubi lex naturalis conservandi generis humani strictior urgeret, ut si soli parentes et filii superstites in orbe essent. Hoc autem ita se habere colligitur ex usu Ecclesiæ, quæ in nullo eventu hactenus dispensavit ut matrimonia parentum cum filiis, aut fratrum cum sororibus ineantur. Et si aliquando in hoc ultimo casu forte legatur dispensatum, id evenerit, quod pontifex ille dispensans amplexus sit opinionem doctorum asserentium solo jure pontificio

Il faut donc passer en revue les divers empêchements de mariage, pour les classer dans l'une ou l'autre catégorie. Pour cela, je vais les reprendre en suivant l'ordre même d'après lequel je les ai étudiés dans la seconde partie de cet ouvrage[2]. Cela m'amène à envisager d'abord les empêchements qui reposent sur une idée d'incapacité générale.

1° En droit canonique, on l'a vu, le mariage contracté par un impubère est nul, sauf ce tempérament que, si l'aptitude à la génération a devancé la puberté légale, l'union devient valable exceptionnellement. En supposant une personne impubère de droit et de fait, mais d'ailleurs capable de comprendre l'acte qu'elle accomplit, le pape pourrait-il, par une *dispensatio*, valider le mariage qu'elle a contracté ou qu'elle veut contracter? C'est un point controversé. On peut soutenir, en effet, qu'ici l'incapacité est fondée sur le droit naturel, et l'on rapporte, dans ce sens, une décision de Grégoire XIII [1]. L'opinion dominante paraît cependant s'être fixée en sens contraire. La principale raison, c'est que seule peut être considérée comme un empêchement de droit naturel l'impuissance perpétuelle (et encore est-ce une question discutée) : l'impubère, au contraire, est destiné à devenir *copulæ capax* ; son incapacité actuelle ne dérive donc que du droit ecclésiastique, et, par suite, la *dispensatio* peut la faire disparaître [2]. Le raisonnement est assez ingénieux; mais il faut reconnaître que, moins que toute autre

dirimi matrimonium inter fratres et sorores. Id quoque colligitur ex communissima doctorum sententia, asserente absolute non posse pontificem in his impedimentis dispensare. »

1. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. VII, disp. CIV, n° 8 : « Puer ante pubertatem caret potentia ad copulam ; jure ergo naturæ est incapax ut potestatem sui corporis tradat ad copulam conjugalem ; in qua traditione essentia matrimonii consistit... Apud Navarrum (l. III Consiliorum, in 2a edit., *De spons. impub.*, cons. 5, *in fine*) refertur Gregorium XIII, die 13 aprilis 1580, respondisse petenti dispensationem ad impuberis matrimonium, non posse apostolicam sedem dispensare, si discretio desit aut potentia consummandi matrimonium. »

2. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. VIII, disp. CIV, n° 9 (beaucoup d'autorités citées), n° 11 : « Deducitur integrum esse summo pontifici dispensare ut in quacumque ætate matrimonium iniri valeat, modo pueri rationis usus participes sint. » — Feije, *op. cit.*, n° 539.

législation, le droit canonique avait besoin d'introduire ici la dispense d'âge, d'autant qu'aucune limite n'est fixée. Tout enfant qui a la conscience de ses actes pourra valablement, quelque jeune soit-il, être rendu capable, par voie de dispense, de contracter un légitime mariage.

2° Le mariage est interdit et nul entre chrétiens et infidèles. Il semble bien que cet *impedimentum disparis cultus* doive être considéré comme dérivant du *jus divinum*, et, par suite, comme n'admettant pas la *dispensatio*. On en fait remonter l'origine au chapitre VII du *Deutéronome* où le mariage est interdit entre les Hébreux et les gentils pour des raisons qui paraissent s'appliquer également aux unions entre chrétiens et infidèles[1] ; dans un passage du *Livre d'Esdras*, de tels mariages sont de plus formellement déclarés nuls[2]. Cependant, ici encore, l'opinion dominante est en sens contraire. On reconnaît bien que la prohibition en elle-même provient du *jus divinum*, mais on soutient que la nullité du mariage, c'est-à-dire l'empêchement dirimant, procède seulement de la *lex ecclesiastica* qui l'a introduit. On relève les mariages entre Hébreux et gentils rapportés par la Bible dans les temps antiques, entre Jacob et les filles de Laban, Joseph et la fille de Putiphar, Moïse et la fille de Jétro, Assuérus et Esther. Quant à la nullité prononcée par Esdras, c'est une disposition positive de l'ancienne Loi qui n'a point passé dans la Loi nouvelle : c'est la coutume ecclésiastique qui a établi, parmi les chrétiens, la nullité résultant du *dispar cultus*[3]. Par suite, le pape peut accorder la dispense de

1. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. VII, disp. LXXI, n° 5 : « Ibi Deus interdixit matrimonium Hebræorum cum gentibus ; atque id præceptum fuisse partim morale manifeste ostendit ratio ejus præcepti subjuncta : Quia seducit filium tuum ne sequatur me et ut magis serviat diis alienis. »

2. *Esdræ I*, c. IX et X.

3. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. VII, disp. LXXI, n° 8 : « Fatendum quidem est nullum esse textum quo hæc irritatio inducatur, et ita eam non haberi ex lege aliqua ecclesiastica scripta ; sed ex receptissimo Ecclesiæ usu vim legis obtinuisse et ex apostolorum traditione. » — Feije, *op. cit.*, n° 459 : « Quanquam autem jure ecclesiastico consuetudinario hoc impedimentum fuit inductum, viget tamen ubique terrarum. »

cet empêchement [1] : en fait, elle est parfois accordée, surtout pour les mariages entre Juifs et catholiques [2].

3° Les docteurs ne sont pas d'accord sur le point de savoir si l'impuissance annule le mariage *jure naturæ* ou seulement *jure pontificio*. Ceux qui soutiennent la seconde opinion tirent argument d'un texte dans lequel l'enfant impubère est assimilé à l'impuissant [3]. Mais cela n'est guère soutenable, étant donnée la conception naturaliste du mariage que j'ai relevée tant de fois. Aussi, l'avis qui prévaut voit dans l'impuissance un empêchement de droit naturel, dont, par conséquent, la dispense est impossible [4]. Mais, malgré sa nullité radicale et irréparable, le mariage de l'impuissant peut être maintenu par la volonté des époux, résolus à vivre comme frère et sœur, puisqu'eux seuls peuvent en principe intenter l'action en nullité.

4° Toute personne engagée dans les liens du mariage est incapable de contracter une nouvelle union tant que vit son premier conjoint. Pour déterminer si l'empêchement résultant du *ligamen* peut être écarté par la *dispensatio*, on distingue entre le mariage consommé et celui qui ne l'a pas été.

Quant au premier, l'empêchement du *ligamen* est considéré comme étant de droit divin [5], et la papauté ne saurait en accorder la dispense ; elle ne peut valablement autoriser un époux à contracter un nouveau mariage du vivant de son conjoint. C'est une doctrine qui a été constamment maintenue. Elle est

1. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. VII, disp. LXXI, n° 10 : « Deducitur posse ex pontificia dispensatione matrimonium iniri inter fidelem et infidelem, cum pontifex dispensare possit in omni jure ecclesiastico, quo attento est matrimonium hoc irritum. »

2. Laemmer, *Institutionen*, p. 411 : « *Cultus disparitas* nur sporadisch im Missionsländern. » — Feije, *op. cit.*, n° 684. Voyez des exemples dans : *Archiv für katholischen Kirchenrecht*, tome LV, p. 161 et suiv. ; tome LXIII, p. 118.

3. C. 11, X, *De frig.*, IV, 5.

4. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. VII, disp. XCVIII, n° 2 : « Essentia matrimonii consistit in perpetua obligatione et traditione potestatis corporis ad copulam conjugalem. »

5. Feije., *op cit*,. n° 438 : « Non tantum est juris divini positivi, sed et adeo cum jure naturæ connexum ut ad hoc potius referatur. »

affirmée dans une décrétale d'Honorius III rendue à l'occasion de divers désordres ou abus qui étaient signalés dans le nouvel empire fondé par les croisés de la quatrième croisade, où Grecs et Latins se trouvaient en contact constant et se communiquaient leurs usages [1]. L'un de ces abus était le divorce, largement pratiqué par les Grecs [2]. Le pape donne à son légat des instructions à ce sujet : il lui permet de se relâcher sur certains points de la rigueur des lois, afin de rétablir l'ordre et la paix ; mais il indique en même temps que certaines règles n'admettent pas de dispense, et l'une de ces règles c'est l'indissolubilité du lien conjugal [3]. Au concile de Trente, il fut solennellement affirmé que l'Église n'avait jamais dispensé d'un semblable empêchement [4].

S'il s'agit, au contraire, du *matrimonium ratum sed non consummatum*, la *dispensatio* du pape est admise ; elle peut rompre le *ligamen* et permettre aux deux époux de contracter un nouveau mariage. C'est une doctrine qui se fit jour de bonne heure. Dès le début du XIIIe siècle, Alanus soutenait que le mariage non consommé tirait seulement sa force obligatoire de la *constitutio ecclesiastica*, et Vincentius Hispanus admettait ouvertement la *dispensatio* du pape en ce qui le concernait [5]. Du-

1. C. XI, X, *De transact.*, I, 36, et les notes de Gonzalez Tellez sur ce texte.

2. « Ad hoc laici Græci uxores suas secundum motum propriæ voluntatis dimittere et alias superducere non verentur. »

3. « Poteris etiam ad componendum interponere partes tuas et aliquid severitati detrahere, prout, statu imperii et excedentium multitudine pensatis, videris expedire ; exceptis nimirum casibus, qui compositionis seu dispensationis remedium non admittunt, utpote conjugii sacramentum ; quod, cum non solum apud Latinos et Græcos sed etiam apud fideles et infideles existat, circa illud a severitate canonica recedere non licet. » — Glose sur ce chapitre : « Ut matrimonia legitime contracta separentur nulla dispensatio adhibetur ab Ecclesia, et de tali dispensatione hic intelligitur : nam, ut probatur ex integra, quidam uxores legitimas dimittebant et alias ducebant ; cum talibus nulla dispensatio adhibetur, ut sic maneant cum secundis. »

4. *Mathæus Guerra* (Theiner, *Acta*), II, 248 : « Separantur tamen quoad thorum, sed vinculum matrimonii manet indissolubile... Ex consuetudine etiam Romanæ Ecclesiæ, quæ omnium mater est et magistra, idem comprobatur, cum nunquam papæ cum talibus dispensaverint. »

5. Glose sur c. VII, X, *De conv. conj.*, III, 32, v° *Consummatum* : « Notavit hic Alanus quod matrimonium non consummatum sortitur naturam ex consti-

rantis, Guido de Baysio, Petrus de Ancharano, Johannes Andreæ l'admettent également [1]. Cela s'introduisit aisément, grâce aux habitudes d'esprit qu'avait laissées l'ancienne théorie, la théorie de Gratien, d'après laquelle, seul, le mariage consommé était véritablement indissoluble : la dispense du mariage non consommé n'était pas autre chose qu'une survivance partielle de cette théorie. Mais, dans la suite, lorsque ces souvenirs se furent effacés et que cette influence fut épuisée, on fut plus embarrassé pour expliquer ce pouvoir considérable de la papauté. Des controverses s'élevèrent sur cette *dispensatio*, et dans Sanchez sont développées deux opinions contraires, une qui l'admet et une qui la nie [2]. Il se range à la première, mais sans en fournir une démonstration bien forte. Il se fonde surtout sur la pratique établie à la cour de Rome [3], sur la grande utilité de ces *dispensationes* [4], enfin sur la solution, généra-

tutione Ecclesiæ; ideo circa illud latissime patet papæ potestas. Vincentius dixit quod papa per dispensationem posset dissolvere tale matrimonium... secus de consummato quod ab ipso Deo naturam suam sortitur et sola interpretatio circa illud pertinet ad papam, non dispensatio vel contraria constitutio. »

1. Durantis, *Speculum*, lib. I, part. I, *De dispensat.*, p. 78 : « Sed numquid papa potest solvere matrimonium per verba de præsenti contractum, quod non est carnali copula consummatum? De hoc X, *De conv. conj.*, Ex publico. » — Additions de Johannes Andreæ, v° *Consummatum* : « De hoc notat Archidiaconus (C. XXVII, qu. 2, c. *Quia propter*) qui tenet quod papa potest dispensare super matrimonio nondum per carnalem copulam consummato ; secus post, quia tunc non potest. » — V° *Publico* : « Adde an papa matrimonium per verba de præsenti contractum, copula non secuta, possit solvere : Petrus de Ancharano, cons. 248 incipiente in Christi nomine, (habet) parum dubitationis. »

2. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. II, disp. XIV, n^os^ 1 et 2.

3. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. II, disp. XIV, n° 2 : « Sententia quæ probabilior est, docet posse pontificem dispensare : Quia in dubiis sententiæ superiorum standum est, et maxime pontificis cui totius Ecclesiæ regimen incumbit, et ita Spiritus Sanctus magis ei assistit ; sed varii pontifices dispensarunt. Nam D. Antonius affirmat se vidisse bullas Martini V et Eugenii IV qui dispensarunt, et Navarra refert ter vel quater ad petitionem suam Paulum III et Pium IV dispensasse. Et Cajetanus refert suo tempore sæpe pontifices dispensasse, et Enriquez refert Gregorium XIII unica die cum undecim dispensasse. »

4. Sanchez, *loc. cit.*, n° 2 : « Credendum est Christum, qui in necessariis non deficit, suo vicario concessisse plenam potestatem ad ea quæ bono Ecclesiæ regimini necessaria sunt. »

lement admise, d'après laquelle le pape peut dispenser du vœu solennel de religion, qui représente un lien plus fort encore[1]. Mais, peu à peu, l'institution prit racine dans la pratique et, la jurisprudence de la Congrégation du Concile lui prêtant une constant appui[2], elle se consolida et fut mise hors de toute contestation[3]. Elle joue un rôle important dans la pratique romaine quant à la solution des causes matrimoniales, spécialement quant aux demandes en nullité fondées sur l'impuissance[4].

5° Les empêchements dirimants résultant du *votum solemne* et de l'*ordo sacer* admettent-ils la dispense? Pour le vœu solennel des religieux, la question se présente en théorie comme discutée et difficile. Une opinion ancienne et très nette soutenait ici l'impossibilité de toute *dispensatio* : l'empêchement dérivait du droit divin naturel et il était impossible que la personne solennellement consacrée à Dieu perdît jamais cette qualité. Sans doute, le droit canonique admettait, en règle générale, que le pape pouvait dispenser des vœux, car, dans tout vœu formé, son approbation était sous-entendue; mais cela venait de ce qu'il y avait alors utilité à transformer le vœu; ici il était impossible de trouver une solution meilleure et plus sainte que celle qui résultait de l'engagement; on ne pouvait *commutare votum in aliquid melius*[5]. Mais cette thèse trouva de bonne heure des contradicteurs, qui, d'ailleurs, se divisaient

1. Sanchez, *loc. cit.*, n° 2 : « Utrobique est traditio et minor in matrimonio cum fiat soli homini, in voto autem Deo et homini. »

2. Voyez décisions de la Congrégation du Concile dans Schulte et Richter, p. 280 et suiv., n^{os} 139 à 149; et dans Feije, *op. cit.*, 3^{e} édition, p. 829, une longue liste des *dispensationes matrimonii rati non consummati* accordées de 1711 à 1883.

3. Feije, *op. cit.*, n° 601 : « Olim quidem multum disputabatur de Romani pontificis potestate dispensandi in matrimonio rato, non consummato, sed hodie fas non est eam in dubium vocare; eam enim probat traditio, observantia, seu continuata plurium sæculorum praxis sedis apostolicæ, unde interpretatio juris divini optime colligitur. »

4. Ci-dessus, tome II, p. 286.

5. Glose sur c. VI, C. XXV, qu. 1, v° *Apostoli* : « Sed circa votum continentiæ forte non potest dispensare, quia vix inveniretur melius in quod posset commutari, ut extra, *De statu., reg.* Cum ad monasterium, Jo(annes). » — C. VI, X, *De statu mon.*, III, 35, et glose, v° *Abdicatio* : « Et tamen quod

quant à la justification qu'ils donnaient de la dispense. Selon les uns, tant que le moine restait moine, le pape ne pouvait pas le dispenser du vœu de continence, pas plus que du vœu de pauvreté ; mais le pape pouvait lui enlever le caractère monacal, *de monacho facere non monachum*, et par là même tombait l'obligation au célibat, comme les autres devoirs de l'état monastique[1]. C'était admettre au fond que l'empêchement dirimant dérivait non du vœu considéré en lui-même, mais de l'état religieux ; et cela était assez conforme au développement historique que cet empêchement avait suivi[2]. Les autres admettaient que le pape pouvait accorder directement la dispense de l'empêchement ; et cela était assez conforme à la théorie générale du vœu[3]. Une opinion intermédiaire et originale était produite par Hostiensis. Il soutient que le pape ne peut point permettre à un moine, *rebus integris*, de contracter mariage ; mais, si un moine a contracté mariage en fait, le pape peut, par une dispense, faire disparaître la nullité. Il se fonde sur cette idée que l'obligation résultant du vœu de chasteté

hic dicit verum est quod papa non potest in his dispensare, quoniam abdicatio proprietatis et custodia castitatis sunt de substantia monachatus... Puto verum esse quod papa in his duobus licentiam indulgere non potest, ut littera ista dicit, etiam si vellet. Nam contra votum castitatis dispensare non possit, quia nullum invenitur æque bonum in quo possit commutatio fieri ; quia nihil est melius continentia, et castitas sola est quæ cum fiducia potest Deo animas præsentare. »

1. Glose sur c. VI, X, *De statu mon.*, III, 35, v° *Abdicatio* : « Vincen(tius) et Jo(annes) dixerunt quod papa non potest dispensare ut monachus habeat proprium existendo monachus ; sed de monacho potest facere non monachum. » Cf. Hostiensis, *Summa*, p. 373.

2. Glose sur c. VI, X, *De statu mon.*, v° *Abdicatio* : « Alii dicunt quod potest dispensare propter plenitudinem potestatis, quod monachus habeat proprium ; quoniam potest auferre substantiam rei et de nihilo potest aliquid facere. Et exponunt quod hic dicit : Non potest licentiam indulgere, id est, non congruit potestati illius. »

3. Innocent III, sur c. VI, X, *De statu regul.*, III, 35, n° 1 : « Hæc autem sunt annexa ordini a jure positivo, quod probo : Monachus autem nihil aliud est quam solitarius tristis, C. XVI, qu. 1, *Placuit* ; si igitur plura imponantur, illud est impositum a conditore juris et ex hoc patet quod papa potest dispensare cum monacho, quod habeat proprium vel conjugem, cum possit ordinem et naturam, quam dedit ordini, et substantiam tollere. »

découle bien du droit divin, mais la nullité, l'empêchement dirimant procède seulement de la *constitutio Ecclesiæ*, ainsi que cela résulte de la règle appliquée au *votum simplex*[1]. C'est l'opinion la plus favorable au pouvoir pontifical qui a prévalu, celle qui admet la dispense directe de l'*impedimentum voti solemnis*[2].

La dispense est également admise quant à l'empêchement dirimant résultant de l'*ordo sacer*. Cela va de soi pour ceux qui le considèrent comme dérivant de la *lex ecclesiastica*; pour ceux qui y voient l'effet du *votum*, on retombe dans l'hypothèse précédente. Enfin, ceux-là même qui voient dans le célibat des prêtres une règle de droit divin, admettent cependant, pour la plupart, la dispense papale[3]. De bonne heure la papauté a usé de ce pouvoir dans des cas individuels[4]. Dans

1. Hostiensis, *Summa*, p. 372 : « Potest (Ecclesia) inter voventes distinguere et diffinire; quia si a solemniter voventibus contrahatur non teneat matrimonium, sed si a simpliciter voventibus contrahatur, tenet matrimonium. Nec mireris, quia, licet isti et illi ex vi voti et per consequens jure naturali contrahere prohibeantur, attamen per constitutionem Ecclesiæ tantum separantur. Videtur igitur quod summus pontifex posset dispensare etiam cum monacho professo quod uxorem ductam retineret, tamen non congruit potentiæ suæ, sed nullo modo posset dispensare quod uxorem duceret vel concubinam teneret. Sic nec posset dispensare cum aliquo ligato alicui per verba de futuro quod cum alia per verba de præsenti contraheret, tamen si ligatus per se hoc faceret, licet peccaret contrahens matrimonium, tamen teneret. Sic videtur quod non possit monacho dare licentiam contrahendi, si tamen per se contraxerit, potest ei dare licentiam retinendi et cognoscendi; quia licet fregerit votum contrahendo, et ideo pœnitentiam agere debeat, tamen matrimonium contractum, jure naturali seu divino considerato, firmum et ratum est et per solam constitutionem Ecclesiæ separatur, circa quam papa potest dispensare. »

2. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. VIII, disp. VIII, nos 1 et 2.

3. *Ferrerius* (Theiner, *Acta*), II, 258 : « Monacho autem est diversa ratio, quia is sacravit illegitimationem Deo, ergo papa non potest eam amovere. Sacerdos autem consecravit Deo castitatem, sed non annullationem sui consensus. Papa autem tanquam interpres divinæ voluntatis potest dicere pro Deo : non placet mihi pro nunc hoc tuum votum, sed magis placet conciliatio hujus provinciæ vel civitatis. » — Voyez ci-dessus, tome II, p. 244, note 1. — Sanchez, *De sacr. matr.*, l. VIII, disp. VIII, nos 1 et 2.

4. Voyez les exemples cités par Thomassin, *Vetus et nova Ecclesiæ disciplina*, Pars II, lib. III, c. xxvii, no 3. — Laemmer, *Institutionen*, p. 411 — *Ricardus de Prato* (Theiner, *Acta*), II, p. 251. — Cf. déclarations de la Congrégation du Concile, dans Schulte et Richter, p. 201 et suiv.

les temps modernes, elle en a usé parfois pour régulariser, par mesure générale, l'état de nombreux ecclésiastiques, qui, dans une période troublée, avaient contracté mariage. C'est ainsi qu'en 1554, le pape Jules III donna à son légat Reginaldus Polus le droit de dispenser les prêtres anglais qui s'étaient mariés sous le règne de Henri VIII[1]. Après la tenue du concile de Trente, la papauté permit aux prêtres catholiques qui s'étaient mariés, dans les pays allemands envahis par la Réforme, de garder leurs femmes. Pie VII accorda des dispenses aux ecclésiastiques qui s'étaient mariés pendant la Révolution française.

6° L'empêchement dirimant de *clandestinitas* introduit par le concile de Trente procède incontestablement de la *lex ecclesiastica* ; ici nous avons même vu le législateur fonctionner sous nos yeux. Par suite, les principes permettent au pape d'en accorder la dispense[2] ; mais, en fait, elle n'est jamais accordée quand il s'agit d'un mariage à contracter[3] ; elle l'est parfois quand il s'agit d'un mariage déjà contracté et de la *sanatio in radice*, dont il sera parlé plus loin[4].

La théorie des dispenses n'a aucune application quant aux empêchements dirimants qui reposent sur l'absence ou sur les vices du consentement. Les empêchements que créent le *dissensus*, la violence, l'*error personæ*, sont considérés comme étant de droit naturel[5], car le consentement est l'essence même du mariage. La *dispensatio* est donc ici impossible. Elle ne se concevrait d'ailleurs que pour la *sanatio matrimonii in*

1. Feije, *op. cit.*, n° 684.

2. Schulte. *Handbuch des katholischen Eherechts*, p. 358.

3. Laemmer, *Institutionen*, p. 410.

4. Feije, *op. cit.*, n° 684 : « Clandestinitas pro matrimonio contrahendo nunquam dispensatur, pro contracto autem nonnisi rarissime et per sanationem in radice. »

5. Voyez, quant à l'*error personæ*, la glose sur c. XXIX qu. 1, v^is^ *Quod autem* : « Papa posset constituere quod nullus error impediret, quod esset matrimonium ubi esset error personæ, unde ex natura non habet error personæ quod impediat... Argumentum tamen est contra in fine de Jacob et Lia, quia nondum Ecclesia constituerat, et tamen tunc impediebat ; et est etiam contra quod error impedit emptionem. »

radice : car, autrement accordée, en vue d'un mariage déjà contracté (et c'est la seule hypothèse possible), elle ne pourrait opérer que moyennant un nouveau consentement des deux époux ; mais ce consentement, donné dans la forme voulue, suffit, par lui seul, à valider le mariage. Reste l'*error conditionis*, pour laquelle les docteurs se demandent si c'est un empêchement de droit naturel ou de droit humain[1] ; mais on ne voit pas que la dispense en ait été accordée.

Les empêchements dirimants, dont j'ai fait un troisième groupe, sont ceux qui tiennent à une relation entre les époux antérieure au mariage. Ils fournissent les cas les plus usuels de *dispensatio*.

1° C'est pour l'*impedimentum consanguinitatis* que la dispense a toujours présenté le plus d'importance pratique : cela est vrai surtout pour les temps anciens, où cet empêchement avait reçu une si grande extension. Cependant la *dispensatio* en cette matière n'est pas toujours possible : les principes l'interdisent dans certains cas; mais, à ce point de vue, la doctrine a beaucoup varié, elle a passé successivement par plusieurs états.

Les canonistes anciens admettaient que, pour certains degrés de parenté, la prohibition de mariage reposait sur la loi divine, qu'il y avait des *gradus lege divina prohibiti* dont le pape ne pouvait accorder la dispense. C'étaient ceux désignés dans le c. XVIII du *Lévitique* ; cela comprenait toute la parenté en ligne directe, et, en ligne collatérale, le premier degré et même le second, au moins *in linea inæquali*, puisque la *filia fratris* était visée[2]. Mais cette opinion soulevait de sérieuses diffi-

1. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. VI, disp. XIX, nos 15 à 16.

2. C. II, C. XXX, qu. 3 et la glose. — Glose sur c. XI, X, *De trans.*, I, 36, vo *Sacramentum* : « Dicas matrimonio circa gradus constitutione canonica interdictos dispensatio adhibetur ex justa causa ut simul remaneant... Circa gradus divina lege prohibitos, vel ut matrimonia legitime contracta separentur nulla dispensatio adhibetur ab Ecclesia. » — C. XIII, X, (Inn. III), *De rest. spol.*, II 13 : « Ut in gradibus consanguinitatis divina lege prohibitis restitutioni aditus præcludatur, sed constitutione interdictis humana restitutio locum habeat cum effectu, cum in illis dispensari non possit et in istis valeat dispensari. » — Et la glose, vo *Divina lege* : « In *Levitico*, c. XVIII. »

cultés. Il y avait lieu de se demander, d'abord, si les prohibitions de la loi mosaïque n'étaient pas une réglementation purement civile, qui, par suite, avait perdu toute sa force sous l'empire de la nouvelle loi. D'autre part, des textes semblaient contredire directement cette conception. C'étaient des décrétales qui visaient des mariages conclus par des infidèles entre parents au second ou au troisième degré et qui maintenaient formellement ces mariages après la conversion des époux au christianisme[1]. Il y avait là une objection très forte contre le système des *gradus divina lege prohibiti*, car, dans la théorie canonique, les règles du droit divin obligent même les infidèles[2] : les règles du *Lévitique*, interprétées comme *jus divinum*, auraient rendu ces mariages irrémédiablement nuls et la *dispensatio* papale n'aurait pas pu les valider[3]. L'objection fut sentie de bonne heure, et fit abandonner cette doctrine par nombre de docteurs[4] : c'était pourtant encore celle de Johannes Andreæ et de Panormitanus[5].

1. C. IV, X, *De consang.*, IV, 14 ; c. XV, X, *Qui filii*, IV, 17 ; c. VIII, § 1, X, *De divort.*, IV, 19.

2. Panormit., sur c. VIII, X, *De divort.* IV, 19, nos 1, 2 : « Lex canonica in prohibitione matrimonii non extenditur ad infideles, et idem dicendum est in aliis spiritualibus .. lex divina omnes infideles comprehendit, unde matrimonium eorum contractum contra legem divinam est nullum. »

3. Covarruvias, *Opera*, I, p. 176.

4. Glose sur c. II, C. XXX, qu. 2 ; Innocent IV, sur c. XIII, X, *De rest. spol.*, II, 13 : « *Alio quin*, si non est severus maritus et non objicitur consanguinitas divina lege prohibita : sic legitur secundum illos qui faciunt differentiam inter gradum divina lege prohibitum et alium. Secundum alios, qui non faciunt differentiam, expone, id est si non habeat paratas probationes. »

5. Panormit., sur c. XIII, X, *De rest. spoliat.*, II, 13, no 17 : « Quæro an Ecclesia possit dispensare in secundo gradu consanguinitatis. Glosa, in verbo *Præsertim*, allegat pro et contra et tandem concludit quod in secundo gradu collaterali possit Ecclesia dispensare, non autem in secundo gradu ascendentium et descendentium ; quia ille prohibitus est in lege divina in *Levitico*. Joh. Andreæ dicit Ecclesiam posse dispensare in secundo gradu inter collaterales in linea tamen æquali, ut puta quod filii duorum fratrum contrahant, quia æqualiter distant a stipite ; secus autem in secundo gradu in linea inæquali, et ideo patruus non potest contrahere cum nepte, et sic dicit servare Judæos. Phil(ippus) autem sentit cum glossa dicens quod in secundo gradu ascendentium et descendentium non possit Ecclesia dispensare, quasi sentiat quod in collateralibus possit. Et adverte quod hoc possit sæpe contingere in practica inter

Cependant cette thèse tendait de plus en plus à perdre faveur. A l'ancienne distinction sur laquelle elle reposait, on en substitua une nouvelle. Il fallait seulement se demander si la prohibition de mariage entre parents était, ou non, dans tel ou tel cas, de droit naturel : si elle dérivait du droit naturel, mais alors seulement, la dispense était impossible[1]. C'est la doctrine qui a prévalu : reste à déterminer quels degrés de parenté seront considérés comme prohibés par le droit naturel[2].

Tous les théologiens et canonistes sont d'accord pour reconnaître ce caractère au premier degré en ligne directe ; mais, chose singulière, tous ne le reconnaissent pas aux degrés ultérieurs de la ligne directe[3] ; de sorte que, pour certains auteurs, la dispense serait ici possible en principe, mais jamais elle n'a été accordée[4]. Pour la parenté en ligne collatérale,

istos magnos principes qui sæpe petunt dispensationem a papa ut possint ducere filiam fratris ; nam secundum dictum Johannis Andreæ papa non possit dispensare. Sed pro dicto Johannis Andreæ facit glossa, in vis *Divina lege*, quæ dicit quod de jure divino prohibetur matrimonium cum nepte et amita seu matertera, et isti sunt in secundo gradu in linea inæquali. Ego dico ponderanda verba legis divinæ, et, si prohibetur secundus gradus, non poterit Ecclesia dispensare. »

1. Covarruvias, *De matrim.*, pars II, c. VI, § 10 (*Opera*, I, p. 176) : « Primum omnium illud notandum est nullum gradum jure divino prohibitum hodie esse, qui idem naturali jure prohibitus non sit. Lex enim vetus adventu Christi expiravit... in lege autem evangelica nullum præceptum continetur, quod non sit juris naturalis, præter præcepta de sacramentis et de fide. »

2. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. VII, disp. LI et LII.

3. Panormit., sur c. XIII, X, *De restit. spoliat.*, II, 13, nos 16 : « In quantum dicit quod a principio Deus prohibuit dumtaxat conjugium inter matrem et filium, patrem et filiam, dic quod prohibuit cum dixit per os Adæ : Propter hoc relinquet homo patrem et matrem et adhærebit uxori suæ. Debet enim exponi : Relinquet homo patrem et matrem, id est torum patris et matris, quia non debet contrahere nec cum patre nec cum matre. Non debent illa verba intelligi ad litteram quia non tenetur quis relinquere cohabitationem patris et matris propter uxorem. » — Covarruvias, *De matr.*, pars II, c. VI, no 10 : « Sensit enim uterque Thomas jure naturali non prohiberi secundum gradum in linea recta ascendentium et descendentium. Idem D. Thomas probare videtur. »

4. Feije, *op. cit.*, n° 682 : « Nunquam dispensavit nec dispensabit s. apostolica in illo gradu consanguinitatis lineæ rectæ... Hæc impedimenta sive jure naturæ, sive ex voluntate s. apostolicæ indispensabiles sunt. »

beaucoup soutiennent qu'aucun degré, pas même le premier, n'est prohibé par le droit naturel[1] : mais, ici encore, la dispense du premier degré n'a jamais été accordée.

Le concile de Trente a posé en principe que la dispense du second degré doit être difficilement accordée [1], mais cette prescription n'a pas eu de sérieuse influence [3]. Il a en même temps condamné formellement la thèse ancienne d'après laquelle la prohibition serait de droit divin pour les degrés mentionnés au *Lévitique*, et par suite la dispense impossible [4].

2° Bien que provenant de la participation aux sacrements, la *cognatio spiritualis* ne crée d'empêchement dirimant qu'en vertu de la *constitutio ecclesiastica*. Cependant la papauté a pendant longtemps éprouvé des scrupules extrême à en accorder la dispense [5]. Mais cette rigueur a disparu avec le temps.

1. Covarruvias, *De matr.*, pars II, c. VI, § 10 (*Opera*, I, p. 177). — En sens contraire, pour le premier degré, Sanchez, *De sacr. matr.*, l. VII, disp. LII, n° 11.

2. Décision de la Congrégation du Concile, Schulte et Richter, p. 261, n° 99 : « Denegandam vero esse dispensationem super primo consanguinitatis gradu censuit S. C. in Leodien. 14 dec. 1793; (nunquam enim hactenus dispensarunt pontifices super primo consanguinitatis gradu. Hujusmodi dispensationem denegavit Clemens VII inter ducem de Richemont naturalem filium et Mariam legitimam filiam Henrici VIII Anglorum regis). » — Feije, *op. cit.*, n° 682.

3. *De reform. matr.*, c. v (Schulte et Richter, p. 219) : « In contrahendis matrimoniis vel nulla omnino detur dispensatio, vel raro, idque ex causa et gratis concedatur. In secundo gradu nunquam dispensetur nisi inter magnos principes et ob publicam causam. » — Feije, *op. cit.*, n° 682 : « Quæ verba (les derniers mots du texte précédent) disjunctive non copulative esse sumenda S. C. C. declaravit. Quanquam autem post Tridentinum minori severitate utitur s. apostolica, nihilominus in tam propinquis gradibus ægre tantum et ex gravissima causa dispensari exoptat. In remotioribus quidem gradibus sufficiunt non ita graves causæ; imo Dataria vix solet causæ insistere pro quarto gradu. »

4. *De sacr. matr.* (Schulte et Richter) p. 215, can. 3 : « Si quis dixerit eos tantum consanguinitatis et affinitatis gradus, qui Levitico exprimuntur, posse impedire matrimonium contrahendum et dirimere contractum, nec posse Ecclesiam in nonnullis illorum dispensare... anathema sit. »

5. Panormit., sur c. XVI, X, *De purg. can.*, V, 34 : « Magis enim abstinendum est a cognatione spirituali quam carnali, quia cum agnatio spiritualis procedat ex venerabiliori parte, est magis veneratione digna. Unde Ecclesia Romana nunquam legitur dispensasse circa cognationem spiritualem, et tamen quotidie dispensatur in cognatione carnali circa matrimonium contrahendum. »

La dispense est facilement accordée quant à la compaternité, plus difficilement pour la paternité[1].

3° Pour l'empêchement que produit la *cognatio legalis*, il est évident qu'il appartient au *jus humanum* et que, par suite, la dispense en est possible. On constate cependant qu'elle est rarement accordée[2]; cela vient surtout de ce que la *cognatio legalis*, comme je l'ai fait observer plus haut, se présente rarement dans la pratique avec les caractères voulus pour créer l'empêchement.

4° Au point de vue de la dispense, *l'impedimentum affinitatis* fut successivement placé sous l'empire des mêmes doctrines que l'empêchement de consanguinité. Ici encore, on tint d'abord que la prohibition reposait sur la *lex divina*, non seulement en ligne directe[3], mais aussi en ligne collatérale s'il s'agissait du mariage entre le beau-frère et la belle-sœur[4]. Puis, abandonnant ce point de vue, on se demanda dans quels cas elle reposait sur le droit naturel. Mais alors il devenait difficile de soutenir que le mariage avec la belle-sœur était défendu *jure naturali*, car le droit contenu dans la Bible montrait des exemples anciens de semblables unions (Jacob épousant successivement Lia et Rachel), et dans une hypothèse, en cas de *lévirat*, ce mariage devenait une obligation d'après la loi juive[5]. La dispense en ce cas devenait donc possible, et l'on interpréta dans ce sens une décrétale du pape Urbain III (1185-1187) adressée aux Livoniens nouvellement convertis; elle permettait à ceux qui avaient épousé leurs belles-sœurs, de rester unis à ces épouses après leur conversion[6]. Restait

1. Feije, *op. cit.*, n° 683.

2. Feije, *op. cit.*, n° 683 : « Raro super ea dispensatio conceditur... quia in linea recta papa difficillime et nonnisi ex gravi causa dispensat; in transversali vero raro recurritur ad pontificem, cum alias per emancipationem dissolvatur. »

3. *Levitique*, c. XVIII.

4. *Levitique*, c. XVIII, v. 16, 18; c. XX, v. 21.

5. *Deutéronome*, c. XXV.

6. Le pape, il est vrai, semble restreindre cela au cas du lévirat admis par la loi juive, c. IX, X, *De divort.*, IV, 19 : « Propter infirmitatem gentis ejusdem

la question de savoir si la prohibition de mariage entre alliés en ligne directe dérivait du droit naturel ; mais elle se compliquait d'une autre difficulté. En admettant que cette prohibition procédât *ex jure naturali*, devait-on lui reconnaître le même caractère et le même effet lorsqu'elle était produite par l'*affinitas ex copula illicita*, dont la construction factice ne pouvait être dissimulée? En définitive, voici dans quel sens s'est fixée la doctrine, qui peut se résumer en trois propositions.

Jamais l'*affinitas ex copula illicita* n'est considérée comme produisant un empêchement de droit naturel : la dispense en est donc toujours possible, même en ligne directe[1]. Elle est accordée en fait, mais pour des motifs très graves et avec des précautions particulières[2].

Quand l'*affinitas* provient d'un mariage et d'une *copula licita*, la dispense n'en est jamais accordée pour le premier degré en ligne directe : selon les uns, parce que l'empêchement est alors de droit naturel ; selon les autres, parce que le pouvoir pontifical l'a ainsi établi[3].

La dispense de l'affinité en ligne collatérale est accordée même pour le premier degré[4].

concedimus ut matrimoniis contractis cum relictis fratrum utantur : si tamen fratribus decedentibus sine prole, ut semen defuncti juxta legem Mosaicam suscitarent, cum talibus contraxerunt. » — Dans ce texte, il était difficile de voir une dispense proprement dite ; car, si l'empêchement était *dispensabile*, c'est qu'il n'était pas de droit naturel ou divin : mais, alors, le mariage valablement contracté *in infidelitate* restait valable après la conversion. — Voyez le commentaire de Gonzalez Tellez sur ce chapitre. On en tira pourtant la reconnaissance de la *dispensatio* ; Panormitanus, ad h. l. : « Vel summa aliter, sic : Non licet relictam fratris in uxorem accipere, et de facto ducta separanda est, nisi Ecclesia aliter dispenset. »

1. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. VII, disp. LXVI, n° 3.

2. Feije, *op. cit.*, n° 682, p. 651 : « In ea dispensatur ex gravi causa, interdum etiam, sed non sine difficultate et causa, præsertim casu publico, gravissima, in gradu primo lineæ rectæ. In isto autem casu peculiares apponuntur cautelæ, nempe ut, si affinitas proveniat ex copula habita cum matre sponsæ, omnino debeat hujus nativitas præfatam copulam præcessisse. »

3. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. VII, disp. LXVI, n° 7 ; Feije, *op. cit.*, n° 682, p. 649 : « Testantur etiam auctores S. Pœnitentiariam ne in aliis quidem gradibus legitimæ affinitatis lineæ rectæ dispensare. »

4. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. VII, disp. LXVI, n° 11 : « Alexander VI dispen-

5° L'*impedimentum publicæ honestatis* a manifestement été établi par la *constitutio ecclesiastica* : la dispense en est donc toujours possible ; elle est même facilement accordée lorsque l'empêchement dérive de simples *sponsalia de futuro*[1].

6° Le *crimen* n'est pas non plus un empêchement de droit naturel ; la dispense, en principe, peut s'appliquer aux deux cas où l'adultère qualifié annule le mariage. Cependant les canonistes contemporains attestent qu'elle n'a jamais été accordée lorsqu'il s'agit d'un époux qui a machiné la mort de son conjoint ; elle l'est, au contraire, lorsque l'adultère a été accompagné d'une promesse de mariage[2].

La dispense des empêchements prohibitifs, lorsqu'elle se conçoit[3], ne paraît pas avoir jamais fait difficulté, sauf en un point, le seul que je me propose d'examiner ici[4]. Il s'agit des

savit in eodem gradu cum rege Lusitaniæ, et Julius II cum Henrico VIII et Catharina regibus Angliæ. Et postea Clemens VII, consult s totius orbis illustribus universitatibus et maturissimo consilio habito, decrevit auctoritate pontificia fuisse legitimam dispensationem. » — Cf. décision de la Congrégation du Concile, dans Schulte et Richter, p. 265, n° 103.

1. Décision de la Congrégation du Concile, dans Schulte et Richter, p. 264, n° 103 ; Feije, *op. cit.*, n° 683, p. 652.

2. Feije, *op. cit* , n° 684, p. 653 : « In impedimento criminis, utroque vel alterutro machinante, nunquam dispensatur quando machinatio publica est... Neutro machinante, dispensatio etiam pro foro externo ex gravi causa conceditur, præsertim contracto jam matrimonio, maxime vero ad evitanda scandala. »

3. La dispense ne se conçoit pas quand il s'agit de l'*interdictum Ecclesiæ* ; celui-ci peut être levé par l'autorité compétente, mais ce n'est pas là une *dispensatio.*

4. J'ai parlé plus haut de la dispense de l'*impedimentum mixtæ religionis*, tome II, p. 227 ; la dispense du *votum simplex* rentre dans la théorie générale du vœu. Pour le *tempus feriarum*, ce qui est seulement interdit, ce sont les *solemnitas et convivia* et aussi la *carnalis copula* (décision de la Congrégation du Concile, dans Schulte et Richter, p. 270, n° 114) : sûrement ici la dispense est possible. Enfin, quant au *catechismus*, une interprétation favorable du décret du concile de Trente sur la *cognatio spiritualis*, admet qu'il n'y a plus d'empêchement de ce chef ; Cabassut, *Theoria et praxis*, p. 349 : « Censent aliqui ut Sanchez et Diana hanc cessasse cognationem et impedimentum, quia concilium Tridentinum dicit... omnibus inter alias personas hujus cognationis spiritualis sublatis omnino impedimentis... Sacræ Congreg. Cardinalium decretum refert Diana quo declaratum fuit istam quoque ex catechismo cognationem cessasse per Tridentinum illud decretum. »

fiançailles et de l'empêchement qu'elles créent au mariage que l'un des fiancés veut contracter avec une tierce personne : le pape peut-il accorder la dispense de cet empêchement [1] ? Dans un passage plus haut cité [2], Hostiensis repousse ici la *dispensatio,* comme il la repousse pour le vœu de religion, tant que le mariage n'a pas été conclu. Mais cette solution ne pouvait se maintenir devant la doctrine, devenue incontestée, d'après laquelle le pape peut dispenser du mariage conclu, mais non consommé, qui représente un lien plus fort que celui créé par les fiançailles. Aussi, en principe, la dispense a-t-elle été reconnue [3] ; mais il subsiste une répugnance incontestable à en user [4], et, en ce sens, les fiançailles, qui se sont tant affaiblies dans la législation séculière, semblent avoir gardé leur force traditionnelle en droit canonique. Mais ce n'est là qu'une apparence, car, en même temps, la jurisprudence de la Congrégation du Concile tend à procurer leur facile dissolution. Alors que dans le droit ancien les *sponsalia* ne pouvaient se dissoudre que pour un certain nombre de causes déterminées [5], cette jurisprudence reconnaît au juge ordinaire le droit d'en prononcer la dissolution, toutes les fois qu'il y aura un motif sérieux et suffisant : la détermination de ce point est laissée à la sagesse et à l'arbitraire du juge [6]. Une tendance en

1. Dans la doctrine moderne, il est certain que l'évêque n'aurait pas ce pouvoir ; Feije, *op. cit.*, n° 557, p. 432.

2. Ci-dessus, tome II, p. 242, note 1.

3. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. I, disp. LXI, n° 2 (an dissolvantur sponsalia... propter pontificis vel episcopi dispensationem) : « De dispensatione autem utrum possit pontifex, non est dubium posse pontificem dispensare ex justa causa, siquidem in matrimonio rato probabilissima sententia id concedit. »

4. Feije, *op. cit.*, n° 649, p. 604 : « In vinculo sponsalium sedes apost. non dispensat nisi pro foro conscientiæ et quando sponsalia sunt occulta ac justa causa adest ejusmodi quæ in foro externo foret ratio dissolutionis sponsalium. »

5. Ci-dessus, tome I, p. 163 et suiv.

6. Lingen et Reuss, *Causæ selectæ in S. Congregatione Cardinalium Concilii Tridentini interpretum propositæ per summaria precum ab anno 1823 ad annum 1869*, n° 518 (p. 882), *Pistorien.* : « Justa concurrente causa sponsalia impune dissolvi posse, post textum expressum in c. *Ex litteris*, *De spons.* [nisi rationabilis causa obstiterit]... Neminem autem latet prudenti permitti judicis

ce sens s'était d'ailleurs dégagée dans la doctrine depuis le XVI[e] siècle[1].

On voit quelle immense portée a reçu la théorie des dispenses matrimoniales. Sans doute, nombre de ses applications possibles restent à l'état de pure théorie; on n'en est pas moins fondé à dire qu'elle constitue, à côté de la législation de principes, toute une législation parallèle, contingente et équitable[2]. Si la *dispensatio*, en matière de mariage, paraît avoir eu d'abord un caractère purement arbitraire et gracieux, elle s'est, dans la suite du temps, disciplinée et consolidée, de manière à présenter un système régulier. C'est le même phénomène qui s'était produit jadis pour la *restitutio in integrum* des Préteurs romains, avec laquelle la *dispensatio* canonique présente des ressemblances certaines. Cela s'est fait par la détermination exacte de la procédure à suivre pour obtenir les dispenses et des causes, pour lesquelles elles sont régulièrement accordées. Ces règles ont par là même une très grande importance, mais leurs détails n'intéressent que la pratique, et je renvoie sur ce point aux traités spéciaux[3].

V

La dispense des empêchements dirimants peut intervenir dans deux situations distinctes.

Elle peut d'abord être accordée avant que le mariage ait été

arbitrio videre ac decernere an causæ rationabiles sint ac legitimæ ob quas a sponsalibus recedi possit... ac ideo res pendet a singulorum casuum particularibus circumstantiis. » — N° 517 (p. 881), *Nullius Ferentilli*, 29 maii 1852 : « Ast de sponsalibus cautum nedum ea mutuo dissolvi posse consensu, sed etiam altero reluctante, si nimirum justa intervenerit causa, c. Quemadmodum, *de jurej.* Imo si non intercesserit juramentum, etiam ex levi et levissima causa ab iis resilire permittitur, uti cum communi doctorum sententia docet S. Congregatio in *Calaritana sponsalium*, 8 maii 1824, § *Itaque.* »

1. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. I, disp. XIV : « Utrum dissolvantur sponsalia, si ex matrimonio scandala probabiliter et mali exitus timeantur. »

2. Ci-dessus, tome I, p. 90.

3. Feije, *op. cit.* c. XXI à XXXVI.

contracté; c'est la marche normale, et elle permettra alors à celui qui l'a obtenue de contracter valablement. Mais elle peut aussi intervenir après coup, lorsque le mariage a été contracté en fait, quoique nul en droit. Cependant le concile de Trente n'admet cette seconde application de la *dispensatio* qu'à une double condition : il faut pour cela que le mariage ait été contracté de bonne foi, et qu'il ait été précédé de la publication des bans[1]. Mais cette disposition est entendue comme contenant un simple conseil et non une règle ferme[2].

Lorsque la dispense intervient ainsi après coup, a-t-elle pour effet de valider à elle seule le mariage nul? En aucune façon. Elle permet seulement de contracter à nouveau, et cette fois valablement, le mariage qu'annulait l'empêchement dirimant, objet de la dispense; mais, pour cela, il faut un nouveau consentement des époux, donné *coram parocho et testibus*, depuis le concile de Trente[3]. Reste à voir seulement si ce mariage subséquent ne légitime pas les enfants nés précédemment du mariage nul. Dans la théorie ancienne il y avait au moins des doutes graves sur ce point, et même l'opinion dominante repoussait la légitimation[4]; les modernes semblent l'admettre sans difficulté, ce qui vient peut-être de ce que, avec la sécularisation du mariage, elle ne saurait produire d'effets civils[5].

1. *De reform. matr.*, c. v, dans Schulte et Richter, p. 219 : « Si quis inter gradus prohibitos scienter matrimonium contrahere præsumat, separetur et spe dispensationis consequendæ careat; idque in eo multo magis locum habeat, qui non tantum matrimonium contrahere sed etiam consummare ausus fuerit. Quod si ignoranter hoc fecerit, siquidem solennitates requisitas in contrahendo matrimonio neglexerit, eisdem subjiciatur pœnis; non enim dignus est qui Ecclesiæ benignitatem facile experiatur, cujus salubria præcepta contempsit. Si vero solennitatibus adhibitis impedimentum aliquod postea subesse cognoscatur, cujus ille probabilem ignorantiam habuit, tunc facilius cum eo et gratis dispensari poterit. »

2. Feije, *op. cit.*, n° 678, p. 642 : « Hodie tamen facilius quam olim impetratur (dispensatio), spectatis temporum circumstantiis, præsertim prole jam nata et civiliter contracto matrimonio. »

3. Feije, *op. cit.*, n° 762, p. 782 : « Tunc enim absque dubio novus utriusque consensus requiritur. »

4. Ci-dessus, tome II, p. 42.

5. Perrone, *De matr. christ.*, tome II, p. 162 : « Etenim dispensatio post

Cela est vrai des dispenses ordinaires. Mais le pouvoir pontifical peut écarter la nécessité, même l'utilité et la possibilité d'un consentement nouveau, en accompagnant la dispense d'une sorte de validation rétroactive appliquée au mariage nul ; c'est ce qu'on appelle la *sanatio matrimonii in radice*. C'est une institution définitivement admise dans le droit canonique moderne ; les docteurs se demandent seulement comment il faut l'analyser au juste quant à sa nature et à ses effets, et l'on verra plus loin que diverses conceptions sont produites sur ce point. Les modernes veulent en même temps donner à cette institution une origine ancienne, et la représentent comme une conséquence naturelle du pouvoir pontifical, dans lequel, virtuellement, elle aurait toujours été comprise[1]. En réalité, cette théorie s'est formée lentement et progressivement ; elle a d'abord fourni simplement un expédient pour écarter certains scrupules quant à la légitimation des enfants naturels par le pape ; puis elle a pris la valeur d'un principe et a produit des effets multiples.

nuptias, quamvis dici possit quædam ratihabitio, atque etiam sanatio, nihil aliud est quam simplex dispensatio quæ *directe* ad præsens tempus refertur. Nimirum matrimonia, quæ cum aliquo impedimento sunt contracta deberent dissolvi, ut sæpe fit, etiam conjugibus maxime invitis ; at quandoque indulgetur, ut conjuges in matrimonio permaneant, seu post *factum* datur dispensatio, atque in hoc casu solum primo matrimonium incipit esse legitimum, et proles legitima fit, non quidem ac si legitima ab initio fuisset, sed fit legitima quodammodo per subsequens matrimonium post jam datam dispensationem. »

1. Perrone, *op. cit.*, tome II, p. 163, en trouve le premier germe dans un canon du troisième concile d'Orléans : « Ejus rei vestigia jam deprehendimus in concilio Aurelianensi III, quod celebratum est an. 553, in quo, ut vidimus, statutum fuerat ut fideles qui ex ignorantia canonum cum impedimento affinitatis, etiam in primo gradu in linea recta, irritum ac nullum inierant conjugium, in eo perseverare possent, atque ideo conjugium ut validum haberetur. Quid porro hoc aliud est quam sanare conjugium in radice? » Ce texte est celui que j'ai cité plus haut, tome I, p. 340, note 3 : il vise seulement l'exercice de la juridiction disciplinaire de l'Église sur le mariage des fidèles et met en scène, non le pape, mais les évêques. Selon Perrone, tome II, p. 162, Boniface VIII, aurait le premier accordé une dispense expresse *in radice matrimonii*. Il s'agirait du mariage du roi de Castille Sanche IV, et Perrone rapporte ce fait, dont je n'ai pu vérifier les détails, d'après Mariana, *Historia Hispan.*, lib. IX, c. XIX.

Elle est née de l'interprétation d'un texte célèbre, le c. *Per venerabilem*, aux Décrétales de Grégoire IX[1]. Dans cette intéressante décrétale d'Innocent III, était abordée une question délicate : Le pape pouvait-il légitimer par rescrit les enfants naturels, dans les pays sur lesquels il n'exerçait pas la souveraineté temporelle, c'est-à-dire *in terris imperii*, pour parler le langage des légistes et des canonistes anciens? La difficulté était que, la légitimation produisant des effets civils, il y avait là un empiètement du pouvoir spirituel sur le pouvoir temporel, et le c. *Per venerabilem* reconnaissait justement la séparation des deux puissances. Aussi, bien que ce texte fût favorable à la légitimation papale, la légitimité de celle-ci était contestée, et, sur ce point, il s'était produit, jusqu'au xv^e^ siècle, cinq opinions distinctes que rapporte Panormitanus[2], et dont les trois premières étaient déjà visées par la glose de Bernard de Parme.

D'après la première, qui était celle de Johannes Teutonicus, le pape pouvait partout légitimer directement les enfants naturels, en restreignant la légitimation aux effets spirituels, car alors il ne sortait pas de son domaine propre. Mais, néanmoins, cette légitimation produisait effet quant aux intérêts temporels, parce que le spirituel, étant d'un ordre plus élevé, entraîne avec lui le temporel[3].

D'autres docteurs, parmi lesquels Laurentius, Vincentius et Tancredus, partaient du même principe, mais en restreignaient la portée. Ils admettaient que le pape ne pouvait légitimer que *quoad spiritualia*, et que la légitimation ainsi accordée ne produisait pas les effets civils proprement dits, qu'elle n'avait aucune influence quant aux successions. Mais ils voulaient cependant qu'elle produisît effet quant au droit

1. C. XIII, X, *Qui filii sint leg.*, IV, 17.

2 Sur c. XIII, X, *Qui filii*, n^os^ 22 et suiv.

3. Glose sur c. XIII, X, *Qui filii*, v^is^ *Habeat potestatem*: « Ad hoc dixit Joannes quod dominus papa non habet potestatem legitimandi in temporalibus; sed, eo ipso quod legitimat aliquem quoad spiritualia, per consequens legitimat eum quoad temporalia quæ sunt minus digna, et sic legitimat per consequentiam sed non directe : sæpe enim permittitur aliquid indirecte quod non permittitur directe. »

public, et que l'enfant naturel légitimé par rescrit du pape pût prétendre aux honneurs et dignités dont l'accès était interdit aux enfants illégitimes[1].

Mais ces deux opinions étaient insoutenables l'une et l'autre : la première était exorbitante et violait les droits du pouvoir temporel, en affectant de les respecter; la seconde était illogique, elle s'arrêtait à mi-chemin, sans rendre un compte exact des distinctions qu'elle admettait. Aussi, Bernard de Parme montrait-il qu'il fallait revenir à l'exacte application des principes et restreindre la légitimation papale aux seuls effets spirituels[2]. Cependant les canonistes ne renoncèrent pas à justifier ce droit d'accorder la pleine légitimation que la décretale d'Innocent III avait affirmé au profit de la papauté : ils se mirent à chercher une autre explication.

Hostiensis trouva une idée fort ingénieuse, et qui, retouchée par un autre, devait fournir la solution. Remontant à la source de la légitimité, il montra que celle-ci était le produit du mariage légitime et que le mariage, régi par le droit cano-

1. Glose sur c. XIII, X, *Qui filii*, VIS *Habeat potestatem* : « Tamen quidam extendunt legitimationem ad honores sæculares unde per hoc intelligitur legitimatus ut possit esse judex et habere hujusmodi honores temporales quos alias habere non posset. Et in hac sententia fuerunt Laurentius, Vincentius et Tancredus. » — Panormit., *loc. cit.* : « Tertia opinio ponitur in glossa quod, quando quis legitimatur quoad spiritualia, censetur legitimatus quoad alios honores sæculares inhærentes personæ, puta ut possit esse judex vel delegatus et habere dignitates illegitimis interdictas, non autem quoad hæreditatem, et ratio diversitatis esse potest secundum Hostiensem quia primo casu non tractatur de præjudicio alterius, sed secundo sic quia aufertur hæreditas venientibus ab intestato. »

2. Glose sur c. XIII, X, *Qui filii*, VIS *Habeat potestatem* : « Propter hoc tamen quod legitimat aliquem in spiritualibus non probatur quod habeat jurisdictionem in temporalibus. Legitimare enim pertinet ad voluntariam jurisdictionem; item quia papam nihil spectat de temporalibus; et sic videtur quod papa quoad temporalia legitimare non possit ubi non habet jurisdictionem temporalem... Sed contrarium credo scilicet, quod dominus papa non potest legitimare aliquem quantum ad hoc ut succedat in hæreditate, tanquam legitimus hæres, qui non sit, dico, de sua jurisdictione temporali. Sic enim esset mittere falcem in messem alienam, et usurpare alienam jurisdictionem, quod esse non debet, et privare aliquem jure succedendi, unde credo quod non possit legitimare nisi quoad actus spirituales. »

nique, se trouvait légitime, ou non, suivant que l'Église en disposait. Le pape, législateur de l'Église pouvait, en établissant un empêchement dirimant, rendre illégitimes les enfants issus du commerce de deux personnes : ne pouvait-il pas, à plus forte raison, rendre la légitimité à ceux qu'une loi de l'Église en avait privés? Il ne faisait, en agissant ainsi, que statuer sur les conditions et les effets du mariage, ce qui rentrait dans son pouvoir. Hostiensis ajoutait que les docteurs reconnaissaient compétence à l'Église pour connaître des questions de légitimité ; c'est donc qu'elle pourrait aussi légiférer sur ce point[1]. Enfin, il limitait sa doctrine ; le pape ne pouvait légitimer que les enfants nés d'un mariage nul à raison d'un empêchement dont il pouvait accorder la dispense : à cette condition, il ne sortait pas de la matière du mariage, son domaine propre[2]. Ce raisonnement était habile ; il avait pourtant son point faible que l'on découvrit bientôt. En conférant par un rescrit, principalement et directement, la légitimité

1. *Summa*, p. 383 r° : « Salva reverentia aliorum, mihi videtur dominum papam habere potestatem legitimandi quoad spiritualia et temporalia et ipsum solum. Cum enim causa matrimonialis spiritualiter pertineat ad Ecclesiam, adeo quod sæcularis judex de ipsa cognoscere non possit, etiam si inciderit, nec de legitima filiatione, multo fortius dispensatio... Dicas tamen quod imperator legitimat, id est tanquam legitimum etiam spurium ad hæreditatem suam admittere potest, et etiam in hoc potest cum filio suo proprio, non tanquam filio, sed tanquam subdito dispensare. Sed papa vere legitimat et illegitimat. Cum enim secundum leges filii duorum fratrum rite contrahant et etiam secundum legem divinam quam Judæi servant, de fidelibus papa hujusmodi matrimonium illegitimum fecit, et sic filii suscepti ex tali matrimonio hodie secundum legem et secundum canonem ab hæreditate repelluntur. Multæ enim personæ prohibentur lege canonum contrahere quæ lege divina non prohibentur. Si vero illegitimos facit, quanto magis poterit legitimare. Nam et secundum legem filii suscepti ex matrimonio contracto inter senatorem et libertam illegitimi sunt ; item inter pupillam et tutorem vel libertum suum ; item inter judicem et subjectam cum qua contrahit tempore regiminis ; et multa alia exempla poni possint, quæ omnia per jus canonicum sunt hodie exsufflata. »

2. *Summa*, p. 383 v° : « Sed hoc intelligas de filiis susceptis ex matrimonio in quo dispensare potest, scilicet quando impedimentum a jure canonico introductum est... Nunquam ergo cum adulterino filio dispensare poterit, vel cum illo qui susceptus est ex matrimonio in primo vel secundo gradu descendenti contracto, quia nec in principali posset. »

aux enfants naturels, le pape statuait, non sur le mariage lui-même, mais sur un effet du mariage, isolé pour ainsi dire de sa cause et seulement envisagé au point de vue des intérêts temporels : c'était en réalité de ces derniers qu'il disposait[1]. Pour éviter ce reproche, un autre docteur, Johannes Andreæ, sentit qu'il fallait faire remonter la volonté papale jusqu'à la racine même de la filiation, c'est-à-dire jusqu'au mariage. Si l'on admettait que le pape, en accordant la dispense d'un empêchement dirimant, pouvait anéantir et effacer tous les effets que l'empêchement avait produits dans le passé quant à la filiation des enfants, on lui donnait le moyen indirect, mais sûr, de légitimer les enfants nés de ce mariage. Alors, en effet, ce serait sur le mariage qu'il statuerait directement et principalement, et la légitimation, ou plutôt la légitimité des enfants, ne serait qu'une conséquence. Cela ne parut point impossible à Johannes Andreæ, car on trouvait des textes dans lesquels des papes avaient abrogé une loi avec pleine rétroactivité, anéantissant tous les effets qu'elle avait pu produire[2] : or la *dispensatio* ressemblait beaucoup, nous le savons, à une abrogation qui ne produirait d'effet que par rapport à un individu et à un acte déterminés. Johannes Andreæ se trouve ainsi avoir été le véritable inventeur de la *dispensatio in radice matrimonii*[3]. Sa théorie, adoptée par Panormita-

1. Panormit., sur c. XIII, X, *Qui filii*, n° 22 : « Hæc opinio videtur colorata, sed nullum bonum habet fundamentum : quia illegitimando disponit super matrimonio quod spectat ad jurisdictionem suam, sed legitimare principaliter non incipiendo a radice matrimonii est disponere de temporalibus principaliter, quorum exercitium non pertinet ad eum in terris imperii. »

2 Clement. un., *De immun. Eccles*, III, 17 : « Nos de consilio fratrum nostrorum constitutionem et declarationem seu declarationes prædictas, et quicquid ex eis secutum est vel ob eas, penitus revocamus et eas haberi volumus pro infectis. » — Et la glose de Johannes Andreæ sur ce texte, v^is *Pro infectis* : « Per hoc puto quod excommunicatus ex viribus illius constitutionis absolutione non egeat Et vide quanta est papalis potestas circa ea quæ simpliciter sunt de jure positivo; quia revocat illa ut ex tunc; et facit ad ea quæ scripsi, *Qui filii sint legitimi*, *Per venerabilem*, glos. 2. »

3. Panormit., sur c. XIII, X, *Qui filii*, n° 22 : « Quintam ponit opinionem Johannes Andreæ et satis notabilem. Dicit enim quod : Aut vult papa legitimare prolem susceptam ex coitu non matrimoniali saltem consensu et affe-

nus[1], fit fortune; et l'on peut dire qu'il a trouvé le nom en même temps que la chose. Il n'y avait cependant encore là qu'une annulation rétroactive de l'illégitimité, ainsi que cela résultait clairement d'une autre distinction faite par le même docteur entre la dispense des empêchements de droit ecclésiastique et celle des empêchements de droit divin, qu'il admettait dans une certaine mesure[2]. L'application de ce mode spécial de légitimation était d'ailleurs nettement déterminée par le principe dont on l'avait tirée. Il ne pouvait s'appliquer aux enfants nés hors du mariage, *ex soluto et soluta*; car, le mariage étant ici le seul objet sur lequel le pouvoir pontifical eût directement prise, pour qu'il pût atteindre les enfants, il fallait trouver un mariage existant dans la forme, quoique nul au fond,

ctione, et non potest, quia ex quo inter parentes non fuit matrimonium saltem de facto non potest papa inducere matrimonium supplendo consensum, nec disponere in matrimonio; non posset legitimare, quia esset directe disponere super temporalibus... Aut proles fuit suscepta de coitu matrimoniali, licet matrimonium de jure non tenuerit, et tunc aut matrimonium non tenuit, impediente lege divina, et non potest legitimare quia non potest disponere in illo matrimonio contra legem divinam; — aut non tenuit, impediente lege canonica, et tunc aut papa utitur verbo legitimationis, legitimando scilicet matrimonium et prolem, et efficitur proles legitima quoad utrumque forum, quia papa potest tollere impedimentum inductum per canonem, et sic remansit matrimonium validum; aut utitur verbo dispensationis, et tunc quia dispensatio est stricti juris, refertur solum ad ea in quibus fuit expresse dispensatum. »

1. Panormit., sur c. XIII, X, *Qui filii*, n° 23 : « Moveor per textum juncta glossa in fine, in Clem. 1, *De imm. Eccles.*, ubi dicitur quod tanta est papæ potestas circa jus positivum ut possit tollere constitutiones etiam quoad effectus præteritos, adeo ut excommunicatus vigore illius constitutionis non indigebit absolutione, quod est valde notandum. »

2. Panormit., sur c. XIII, X, *Qui filii* n° 23 : « Nam solum Jo(annes) An(dreæ) permittit quando papa legitimat *incipiendo a radice matrimonii*. »

3. Panormit., sur c. XIII, X, *De rest. spol.*, II, 13, n° 17 : « Adde tamen hic unum notabile dictum Jo. Andreæ positum in extraneo loco (c. *Per venerabilem*) ubi dicit papam ex causa dispensare posse etiam in gradibus divina lege prohibitis, allegando istum textum. Et unam differentiam facit inter istos gradus et illos humana lege prohibitos. Dicit enim quod in illis potest dispensare circa matrimonium jam de facto contractum, ut valeat ex tunc. In illis vero non dispensat nisi ut valeat ut ex nunc, quasi non possit facere ut illi qui sunt nati contra legem divinam censeantur legitimi ex tunc. Cogita bene et semper tene menti. »

par le *consensus* des époux de fait. Lorsque le mariage nul avait été contracté de bonne foi par l'un des époux, la *dispensatio in radice* n'avait pas d'objet, car les enfants étaient légitimes de plein droit. Enfin, s'il s'agissait d'enfants adultérins, nés d'un bigame, elle était impuissante, car le *ligamen*, qui rendait ici le second mariage nul, était un empêchement de droit divin. Elle s'appliquait aux enfants incestueux, comme à tous ceux nés d'un mariage dont la nullité avait pour cause un empêchement de pur droit humain.

Telle fut d'abord l'institution. Elle n'avait pour but que la légitimation des enfants. En accordant la *dispensatio in radice*, on tenait que le pape ne faisait pas et ne pouvait pas faire que le mariage n'eût été nul dans le passé; il effaçait seulement les effets que cette nullité avait produits quant à l'état des enfants. Ce dernier résultat était possible, parce que la filiation légitime est une création de la loi humaine, sur laquelle le législateur peut opérer à son gré; mais le mariage, au contraire, était un sacrement, et rien ne pouvait faire qu'il eût existé à un moment où, en réalité, il ne s'était pas formé. On tirait de là une conséquence logique: malgré la *dispensatio in radice*, le mariage, quant aux époux, ne pouvait prendre existence que dans l'avenir, à partir du moment où la dispense avait fait disparaître l'empêchement, et encore fallait-il pour cela un nouveau consentement des époux. C'est la doctrine qu'enseignait encore très nettement Gonzalez Tellez[1]. Il se demandait également si la *dispensatio in radice* pouvait intervenir après la mort de l'un des époux[2]. Il adoptait pourtant l'affirmative,

1. Sur c. XIII, X, *Qui filii*, n° 22 : « Non dicimus (ut pro contraria opinione ponderatur) pontificem posse efficere quod matrimonium fuerit a principio validum vel quod nunc incipiat valere absque novo consensu. Hæc enim omnia planum est pontificiæ non subesse potestati. Sed solum dicimus posse pontificem dispensare prout ex tunc in ipsa irriti matrimonii radice, delere et revocare omnia damna ex quocumque jure humano incursa, et prolem restituere in illum statum, quem haberet, si orta fuisset ex matrimonio valido; nam dispensando in lege ecclesiastica prout ex tunc, et in hoc sensu illam revocando, cui tanquam fundamento illegitimitas et alia damna nitebantur, proculdubio corruunt. » — Cf. Sanchez, *De sacr. matr.*, l. VIII, disp. VII, n° 4.

2. Sur c. XIII, X, *Qui filii*, n° 23 : « Dubium movet, nam cum parentes non

parce qu'il ne s'agissait que de la légitimation des enfants, qui pouvait très bien intervenir après la mort des parents; l'annulation de l'illégitimité dans le passé se concevait tout aussi bien alors que du vivant des deux époux[1].

Dans les temps modernes, cette doctrine a été profondément modifiée, et la *sanatio in radice* est devenue véritablement une institution nouvelle. Elle ne sert pas seulement à assurer la *plenissima legitimatio* des enfants[2], qui, en réalité, est passée au second plan; elle valide principalement et surtout le mariage lui-même au regard des époux; elle lui donne rétroactivement force et valeur, sans qu'il soit besoin d'un nouveau consentement de leur part, sans que l'ignorance ou la résistance de l'un d'eux puisse empêcher la *dispensatio in radice*, obtenue par l'autre, de produire cet effet[3]. Ce plein pouvoir de la papauté sur les mariages nuls s'est trouvé répondre parfois à des besoins pratiques, dans des circonstances extraordinaires où l'on jugeait nécessaire de valider une union, et où cependant il était impossible d'obtenir un nouveau consentement des époux. Mais, pour donner à l'institution cette portée nouvelle, il a fallu la rattacher à un nouveau principe. Pour cela, instinctivement peut-être, les docteurs modernes ont remonté en quelque sorte le cours des temps; ils ont repris le principe originaire et essentiel du droit canonique : c'est le consentement des époux qui fait le mariage; et voici comment ils ont raisonné. Lorsque le mariage n'est

possent de novo contrahere valide, videtur non posse dari retrotractationem, et per consequens dispensationem in radice. »

1. Gonzalez Tellez, *loc. cit.*, n° 23 : « Ratio ex eo provenit, nam hæc dispensatio in radice non fundatur in ablatione impedimenti dirimentis, ut postea valide contrahatur matrimonium, sed solum nititur in revocatione legis ecclesiasticæ propter quam prius matrimonium irritum fuerat; quo casu, cum facta fuerit dispensatio, facta censetur prout ex tunc, quando matrimonium contractum fuerit, ita ut omnes effectus inde producti aboleantur. »

2. Perrone, *op. cit.*, tome II, p. 162.

3. Feije, *op. cit.*, n° 765, p. 787 : « Antiquiores auctores de ea vix aliter scribunt quam ut de plenissima prolis legitimatione : recentiores vero potissimum, ut de medio occurratur incommodis ex necessitate renovandi consensum orituris, præsertim a parte nullitatis ignara. »

pas annulé par un empêchement de droit naturel ou de droit divin, le consentement donné par les époux, quand ils ont contracté, aurait produit tous ses effets conformément au droit naturel et créé un mariage valable et indissoluble, s'il n'avait pas rencontré devant lui la loi ecclésiastique, qui, en créant un empêchement, lui a enlevé sa force et sa vertu. Mais le législateur ecclésiastique peut abroger cette loi dans l'espèce, l'abroger rétroactivement, en effaçant tous les effets qu'elle a produits dans l'intervalle; lorsque cela a lieu, le consentement se trouve avoir pleinement opéré au jour même du mariage, car l'obstacle qui pouvait le rendre impuissant se trouve écarté comme s'il n'avait jamais existé, et le *consensus* a repris sa force et son élasticité premières[1]. En même temps, les interprètes modernes ont, en cette matière, changé le sens de la terminologie ancienne : pour eux, l'expression *sanatio matrimonii in radice* vient de ce que le consentement est la cause et la racine même du mariage[2]. On ne saurait dire au juste à

1. Perrone, *op. cit.*, tome II, p. 155 : « Præmittendum est conjugii contractum oriri a consensu libero utriusque contrahentis... Ast non quivis consensus ad contrahendum matrimonium sufficit, sed necesse est præterea ut sit legitimus... Si sit illegitimus jure naturali presse sumpto, aut jure divino, ita vitiatur ut nullo modo sanari possit ab humana quavis auctoritate, perpetuoque idcirco irritum permanebit conjugium ita illegitime contractum. Si vero illegitimus sit jure tantum canonico, seu ob impedimentum aliquod dirimens ab Ecclesia constitutum, tunc licet ita vitiatus sit consensus ut contractum conjugalem irritum reddat, nihilominus vi ejusdem auctoritatis qua impedimentum statutum est, scilicet Ecclesiæ, tolli etiam potest; seu vitium illud ita sanari potest ut, eo sublato, tum contractus validus exsurgat, tum sacramentum, illosque omnes producat effectus, quos produxisset nisi obfuisset vitium illud. » — Feije, *op. cit.*, n° 766, p. 789 : « Simplex dispensatio effectus habet pro futuro tantum, et non sanat consensum jam præstitum, sed dispensatio in radice consensus jam præstiti sanationem operatur retroagendo, quia pontifex, quod in omni lege ecclesiastica facere potest, legem impedimenti abrogat ex tunc, quanquam in particulari nunc casu. Consensus erat naturalis sed inefficax et invalidus ad efficiendum matrimonium : hinc invalidum hoc erat et proles illegitima. Dispensatio autem in radice sanat radicem seu consensum initio vitiose præstitum, adeo ut iste, quemadmodum olim actu præstitus absque objice impedimenti effecisset validum matrimonium prolemque consequenter legitimam, ita nunc virtualiter perseverans, ex tunc sublato objice illico et natura sua validum efficiat matrimonium et proinde prolem legitimam. »

2. Perrone, *op. cit.*, tome II, p. 157 : « Intelligitur quare dicatur sanatio

quel moment précis cette doctrine nouvelle s'est affirmée, mais on peut compter au nombre de ses principaux constructeurs le pape Benoît XIV, qui en a donné une formule très nette[1].

Cependant les auteurs modernes diffèrent quant à l'analyse juridique du pouvoir si considérable reconnu ici à la papauté, et trois explications diverses sont fournies. Selon les uns, il y a là une fiction de droit, par laquelle l'autorité ecclésiastique est censée avoir accordé la dispense et supprimé l'empêchement au moment même du contrat[2]. D'après les autres, ce serait l'application d'une réserve faite par le législateur lui-même : celui-ci, en établissant un empêchement dirimant, aurait voulu réserver à l'Église le droit de l'écarter lorsque cela serait nécessaire[3]. Enfin, une troisième opinion explique simplement la *sanatio in radice* par l'abrogation par-

matrimonii *in radice* aut *a radice*, quia videlicet consensus, a quo contractus matrimonii pendet, radix est, ut diximus, unde conjugium validum sit aut invalidum... Cum itaque consensus hic affectus vitio fuerit ab initio, idque ita deinde tollatur, ut consensus ipse legitimus censeatur et fiat pro illo primo instante quo datus est, adeoque jure effectus omnes eliciat perinde ac si a suis primordiis legitimus fuisset, merito matrimonium ipsum sanari dicitur in radice. »

1. *De synodo diœces.*, l. XIII, c. XXI, nº 7 : « In aliquibus circumstantiis conceduntur quædam dispensationes quæ dicuntur *in radice matrimonii*, per quas renovandi consensus necessitas tollitur... Certum tamen est hujusmodi dispensationes... concedi quidem aliquando, gravissimis urgentibus causis, et quatenus conjunctio conjugum extrinsecam speciem habeat justi matrimonii, neque copula fuerit manifeste fornicaria ; sed tunc solum cum impedimentum, propter quod matrimonium irritum fuit, nequaquam ortum habuit a jure divino vel naturali, sed a lege dumtaxat ecclesiastica, quam positivam vocant et cui summus pontifex derogare potest ; non sane agendo ut matrimonium nulliter contractum non ita contractum fuerit, sed effectus illos de medio tollendo qui, ob hujusmodi matrimonii nullitatem, ante indultam dispensationem, ac etiam in ipso contrahendi matrimonii actu producti fuerunt ; juxta Clementinam. *Quoniam, De immunitate ecclesiarum.* »

2. Perrone, *op. cit.*, tome II, p. 160 : « Prima itaque ratio hujus rei explicandæ est fictio juris. Romanus pontifex se refert quodammodo ad actum celebrandi conjugii... Nimirum per fictionem juris Ecclesia impedimentum ita tollit ut illud sustulisse in actu ipso dati consensus censeatur. »

3. Perrone, *op. cit.*, tome II, p. 161 : « Alii rem sibi videntur melius explicare cum dicunt Ecclesiam impedimenta quidem constituisse, sed non omnino absolute ac pro quovis casu, sed sibi judicium reservasse de extraordinariis

ticulière et rétroactive de la loi ecclésiastique, prononcée par le souverain pontife avec annulation de tous les effets produits[1]. C'était la justification ancienne de la *dispensatio in radice*, celle que donnaient Johannes Andreæ et Panormitanus[2]; c'était celle à laquelle se référait encore Benoît XIV[3], mais elle s'adapte peut-être moins bien que les deux autres à la théorie nouvelle.

D'ailleurs, les auteurs n'admettent point tous les conséquences extrêmes qui découlent de cette théorie. Certains, comme Feije, enseignent que le mariage ne devient valable en lui-même et à l'égard des époux qu'à partir du moment où intervient la *dispensatio in radice*[4]. C'était bien la doctrine

quibusdam rerum adjunctis, in quibus ea impedimenta non obsint, quominus consensus effectus suos producat. In hac sententia concipi deberent ejusmodi impedimenta quodammodo alicui conditioni vel reservationi, seu exceptioni obnoxia ex ipsa mente legislatoris. » — Feije, *op. cit.*, n° 766 : « Quoad matrimonii ex nunc validitatem, pontifex vitium consensus olim actualis et nunc virtualiter perseverantis sanandi potestatem habet, quia impedimentum juris ecclesiastici ex tunc tollere potest, et hoc ex tunc directe sublato, consensus substantialiter requisitus ipsa sua natura effectus etiam suos producit, sive quia, juxta alios, impedimenta juris ecclesiastici non absolute irritant sed suspendunt consensus naturalis efficacitatem, et exceptionem seu conditionem habent annexam pro eventibus extraordinariis in legislatoris arbitrio positos, sive quia, juxta alios, impedimenta non habent vim tantum suspensivam, consensus tamen renovatio ex sola sedis apostolicæ voluntate requiritur. » — *Archiv. für katholischen Kirchenrecht*, 1880, I, p. 1 et suiv.

1. Perrone, *op. cit.*, tome II, p 169, note 22 : « Hæc fortasse simplicissima et optima ratio est intelligendi quomodo sanatio fiat matrimonii in radice. Directe irritantur *effectus* impedimenti seu legis ecclesiasticæ quod legislator ex ipso jure facere potest. Hinc consensus de se suos parit effectus. »

2. Ci-dessus, tome II, p. 358.

3. Ci-dessus, tome II, p. 363, note 1.

4. Feije, *op. cit.*, n° 766, p. 789 : « Realiter validum matrimonium non fit nisi eo momento, quo sanatio in radice applicatur modo postea indicando, sed proles legitima habetur inde ab initio matrimonii. Diversimode enim pro natura sua producuntur isti indirecti effectus... Quum pontifex non possit efficere ut matrimonium ante non fuerit invalidum, ex nunc tantum validum est. Quod vero ad prolis legitimationem attinet, ut pontifex legem ecclesiasticam aliam potest abrogare, quoad effectus jam productos ejus potestati omnino subjectos, adeo ut hi prorsus non considerentur, sed deleantur ac si lex nunquam extitisset; ita potest eodem modo abrogare seu tollere illegitimitatis effectus. »

ancienne[1]; mais l'idée nouvelle, qui sert de base à l'institution, semble impliquer la validité rétroactive du mariage, pleine et entière, à l'égard de tous[2]. D'autre part, personne ne prétend qu'il faille, pour la revalidation, un nouveau consentement expressément et spécialement donné par les époux : la *sanatio*, sous sa nouvelle forme, a eu justement pour but d'exclure la nécessité de ce nouveau consentement. Mais, certains exigent que le consentement jadis donné lors du contrat subsiste encore et persévère virtuellement et moralement[3]. Cela est parfaitement logique chez ceux qui admettent que, dans la *sanatio*, le mariage en lui-même est validé seulement *ex nunc*[4]; mais cela est contraire au principe dont on est parti, et c'est là une opinion inconséquente; car, si l'ancien consentement ne suffit pas, il en faut un nouveau exprès et dans les formes. Perrone paraît être dans la véritable logique lorsqu'il enseigne que le consentement donné au jour du mariage suffit, sans autre condition, car c'est lui seul qui opère[5]. Il montre que la pratique pontificale admet la pleine *sanatio*, alors même

1. Ci-dessus, tome II, p. 360.

2. Perrone, *op. cit.*, p. 172 : « Effectus potissimi sanationis in radice sunt : *relate ad conjuges primitivus matrimonii ipsius valor*, relate ad prolem legitimatio plenissima. »

3. Perrone, *op. cit.*,p. 173 : « Verum hic altera quæstio ab auctoribus agitatur, num scilicet necesse sit ad hoc ut valeat sanatio in radice ut prior consensus *moraliter* perseveret. Non desunt qui ejusmodi necessitatem adstruant. »

4. Feije, *op. cit.*, p. 789 : » Quoad matrimonii ex nunc validitatem, pontifex *vitium consensus olim actualis et nunc virtualiter perseverantis* sanandi potestatem habet. » P. 790 : « Cum sanationis in radice manifestum fundamentum sit consensus naturalis olim revera præstitus, et, quod spectat ad convalidandum matrimonium atque in eo permanendum, simul etiam illius consensus perseverantia virtualis. » — Feije paraît admettre aussi que, lorsque la *sanatio* intervient après la mort d'un époux, elle ne produit effet que quant à la légitimation des enfants, p. 790 : « Sanatio in radice interdum datur pro sola prolis legitimatione, nedum utroque conjuge vivente, sed etiam utroque vel alterutro vita functo. »

5. *Op. cit.*, p. 173 : « Attamen non videtur per se hæc necessitas (perseverantiæ moralis consensus) absolute requiri, cum sufficiat prior consensus in actu matrimonii elicitus, cujus reipsa per dispensationem veluti radix sanatur. »

qu'un des conjoints retirerait formellement son consentement et demanderait la nullité du mariage[1], lequel peut être alors en quelque sorte exproprié de son action en nullité par la volonté papale. Par suite encore, la *sanatio* peut être accordée après le décès d'un époux. Mais, en fait, en accordant la *sanatio in radice*, le pape peut en subordonner l'effet à un renouvellement du consentement, ou à la constatation que celui donné jadis persévère toujours[2].

Pour que la *sanatio* soit possible, deux conditions seulement restent exigées en définitive, et elles résultent à la fois de la tradition ancienne et de la nouvelle conception. Il faut, d'abord, que l'empêchement qu'il s'agit d'effacer soit de pur droit ecclésiastique. Il faut, en second lieu, qu'on ait devant soi un mariage de fait, nul en droit, mais existant dans la forme : le pape ne pourrait pas transformer rétroactivement par *dispensatio* un concubinage en mariage légitime. Cela s'expliquait autrefois, quand il ne s'agissait que de la légitimation des enfants illégitimes, par cette idée que le mariage était le moyen qui permettait seul au pape d'opérer indirectement cette légitimation. Cela s'explique maintenant par cette idée que le *consensus matrimonialis* est le véritable élément opérant dans la *sanatio in radice*, et cette considération va fournir la solution d'une dernière difficulté[3]. Puisqu'il faut un mariage de fait et dans la forme, si les époux ont contracté clandestinement, sans se conformer aux prescriptions du concile de Trente, dans un pays où elles sont entrées en vigueur, il semble que cette union informe, inexistante dorénavant pour le droit cano-

1. *Op. cit.*, p. 174, 175 : « Benedictus XIV non solum inter conditiones ad dandam hujusmodi sanationem nunquam recenset hanc perseverantiam moralem in dato consensu, verum etiam excludit satis aperte, dum concessit dispensationem in radice matrimonii dum alter conjugum in tribunalibus sollicitaverat solutionem, adeoque, quantum in se erat, suum consensum retractaverat... Inque tantum abest ut renovatio consensus necessaria sit, ut per se ne requiratur quidem moralis consensus perduratio, imo neque quandoque obsit consensus retractatio. »

2. Perrone, *op. cit.*, p. 173.

3. Perrone, *op. cit.*, p. 159.

nique, ne puisse fournir l'objet d'une *sanatio in radice*. Il n'en est rien cependant. Ce qui est essentiel dans cette théorie, qui reprend en partie les principes antérieurs au concile de Trente, c'est le *consensus matrimonialis*; la forme n'est qu'un accessoire, Si elle manque, cela n'entraîne qu'un empêchement dirimant de droit ecclésiastique, dont le pape peut accorder la dispense; mais le consentement, la *radix*, peut exister sans elle. Cela est tellement vrai que le mariage clandestin est l'une des hypothèses auxquels on songea d'abord à appliquer la *sanatio in radice*[1], et certains auteurs ont été jusqu'à soutenir qu'elle ne pouvait s'appliquer qu'aux mariages nuls à raison de la clandestinité ou du rapt[2]. Il y en a une application célèbre dans l'acte par lequel la papauté conféra la *sanatio in radice* aux mariages purement civils contractés en France pendant la Révolution[3]. En sens inverse, on décide que, si la forme existe, mais non le *verus consensus*, la *sanatio* est impossible; on applique même cela au mariage nul contracté de mauvaise foi par l'un et l'autre conjoint[4].

1. Décision de la Congrégation du Concile, dans Schulte et Richter, p. 302 : « Summus pontifex, concurrente legitima causa, potest matrimonium irritum propter defectum præsentiæ proprii parochi vel ob aliud quodvis impedimentum de jure tantum ecclesiastico matrimonium dirimens in radice convalidare. »

2. Baston, cité par Perrone, tome II, p. 170.

3. *Instructio cardinalis Caprara, legati a latere in Galliis, circa revalidationem matrimoniorum nulliter initorum, 25 avril 1803* (Migne, *Theologiæ Cursus completus*, tome XXV, 704-707); cf. Perrone, II, p. 173. — Feije, *op. cit.*, p. 792 : « Extrinseca hæc species deest matrimoniis clandestine, etiamsi matrimoniali aliqua forma, ex. gr. juxta mores regionis celebratis in loco ubi ex hac causa notorie sunt invalida... In illis licet manifeste pro fornicariis habeantur, fieri tamen potest intentionem seu consensum matrimonialem revera non defuisse; et deest quidem illa matrimonii species extrinseca seu figura, quam regula supra posita exigit, unde pro iis validandis pontifices non facile concedunt sanationem in radice; attamen concedi ab eis potest et interdum conceditur, dummodo consensus vere matrimonialis probetur præstitus, et scandalum auferatur vel non oriatur. »

4. Perrone, *op. cit.*, p. 159 : « Hinc si ambo contrahentes impedimentum noverant, atque ita mala fide conjugium inierunt, sanari illud non potest : neque enim hujusmodi ficti conjuges in actu ipso nuptiarum verum matrimonium inire sed concubinatum tegere voluerunt. »

En terminant ces développements sur les dispenses, je rappellerai ce que j'ai dit des empêchements fondés sur l'absence ou sur les vices du consentement. Ils sont *indispensabiles*, car on les considère comme étant de droit naturel [1] : *jure naturali*, c'est le consentement réel et libre qui constitue l'essence même du mariage. D'ailleurs, tant que les deux époux sont vivants, il leur est toujours possible de valider le mariage par un nouveau consentement. La dispense ne se concevrait ici que sous la forme d'une *sanatio matrimonii in radice*, intervenant lorsque la mort ou la résistance de l'un des conjoints rend impossible la validation du mariage par un nouveau consentement. Mais l'admettre serait contraire à la conception même sur laquelle repose la *sanatio in radice*.

1. On en avait douté cependant autrefois, en ce qui concerne l'*error personæ et conditionis*, glose sur C. XXIX, qu. 1, v^is^ *Quod autem* : « G(andulphus) allegat pro et contra distinguendo quatuor errores, fortunæ, qualitatis, personæ et conditionis ; duo ultimi dirimunt matrimonium, non ex sua natura, sed ex constitutione Ecclesiæ. Nam similiter et papa posset constituere quod nullus error impediret quod esset matrimonium ubi esset error personæ, sicut et tenet pignus, licet ibi sit error. Unde ex natura non habet error personæ quod impediat. Argumentum tamen est contra infra de Jacob et Lya, quia nondum Ecclesia constituerat, et tamen tunc impediebat. Et est etiam argumentum contra, quia error impedit emptionem. »

APPENDICE *A*

Opinions des orateurs qui, au concile de Trente, ont présenté la distinction du contrat et du sacrement, d'après Theiner, *Acta genuina ss. concilii Tridentini*, tome II.

Didacus de Payva, II, p. 239 : « Ecclesia tamen, etiam quod clandestina matrimonia sint sacramenta, irritare potest, id est modum contrahendi et contractum matrimonii; nam, irritato contractu, irritatur matrimonium, quod non est sacramentum si contractus matrimonii non subsistit. Nam Christus nihil aliud fecit in matrimonio, nisi quod sacramentum illud fecit, contractum autem ejus non immutavit. Igitur ubi non est contractus, non est sacramentum. Si igitur Ecclesia irritat contractum, irritat sacramentum. Potest itaque Ecclesia irritare etiam clandestina matrimonia, quatenus sacramentum sunt ».

Ferdinandus Bellosillo, II, p. 241 : « Potest tamen ea Ecclesia irritare. Non enim potestas ecclesiastica minor est quam civilis. Civilis autem irritat multos contractus, eodem modo potest Ecclesia... Et præterea quando Christus reparavit matrimonium, nihil fecit nisi quod gratiam addidit, relinquens contractum in esse suo... Respondit, ea ratione quia est contractus irritari potest; nam si non est contractus, non est sacramentum. »

Petrus Fernandez, ord. Præd., II, p. 241 : « Ad art. I, respondens præmisit matrimonium bifariam sumi, ut sit contractus et sit conjunctio. Idem sacramentum, ut sit signum et gratiam conferat. Matrimonium autem, uti contractus, non habet rationem sacramenti novæ legis, licet indissolubilitatem et vinculum inducat, quod non habetur ratione sacramenti, sicut sunt matrimonia quæ contrahuntur per procuratorem, habetque matrimonium rationem indissolubilitatis ob fidem, prolem, ut B. Thomas asserit, quod habebatur in lege naturæ, neque evangelica lex naturalem destruxit. »

Taddeus Perusinus, II, p. 244 : « Si autem Ecclesia irritat ea matrimonia, non irritat matrimonia sed contractum, id est modum rei

non autem substantiam (neque minister in hoc sacramento necessario requiritur cum ejus substantia et efficacia sit mutuus consensus); posset etiam uti substantiale, cum materia et forma sit substantia ipsius sacramenti, id est consensus et verba mutua. »

Bracharensis, II, p. 317 : « Dicitque quod hoc Ecclesia potest facere, quia ipsa potest invalidare personas, sicut fecit in gradibus consanguinitatis; potest etiam invalidare consensum, sicut in timore accidente in constantem virum; ergo a fortiori potest invalidare contractum, quod præsupponitur in sacramenti matrimonii. Idem probavit quia paganus princeps potest rescindere gradus (contractus) matrimoniales : ergo a fortiori Ecclesia. Præterea princeps potest facere edictum ut nullus possit se servituti tradere; ergo potest facere ut nullus possit se tradere servituti matrimoniali nisi tali modo. Dixitque quod rescindendo matrimonia clandestina non facimus ex sacramento non sacramentum : non enim tangimus sacramentum, sed pactum. » — *Le même*, p. 343 : « Dixit quod, facto hoc decreto, consensus clandestinus non erit materia (sacramenti). Hæc enim materia potest variari, quia est contractus et est in potestate reipublicæ. »

Lancianensis, II, p. 317 : « Dum Ecclesia irritat materiam matrimonii, non irritat eamdem materiam ut est materia sacramenti, sed potius ut est materia contracti. » — *Le même*, p. 345 : « Item contractus est fundamentum sacramenti, quare Ecclesia, quæ habet potestatem super contractu, remoto eo, removetur sacramentum. »

Sagiensis, II, p. 319 : « Quoad decretum de clandestinis dixit maxime esse attendendum quod duo sunt in matrimonio, videlicet pactio et sacramentum. Pactio non est valida, sed (si) invalidatur lege superioris. Hæ autem pactiones sunt mutabiles juxta diversitatem temporum, etiam in matrimoniis, ut est in gradibus consanguinitatis : quia sicut Ecclesia illegitimavit gradus consanguinitatis, ita etiam potest illegitimare clandestina; nec irritatur sacramentum, sed pactio tantum. »

Clodiensis, II, p. 320 : « Proposuit duo considerando in matrimonio, videlicet contractus et ratio sacramentalis : ratio contractus est prior, quia communior, et præsupponitur in ratione sacramentali. In ratione contractus sunt consideranda quædam, videlicet metus et loquela, de quibus potest superior decernere ad hoc ut valida sint; ergo a fortiori id potest Ecclesia... et quod, dum irritatur consensus, non irritatur sacramentum sed id quod præsupponitur in sacramento. » — *Le même*, p. 348 : « His habitis ratio contractus præcedit rationem sacra-

menti, non solum natura sed etiam tempore, ut patet in matrimonio quod contrahitur per procuratorem, et in matrimonio paganorum qui postea fiunt christiani. Item in matrimonio ratio contractus se habet ad rationem sacramenti, sicut subjectum ad accidens et natura ad gratiam. Et ex consequenti Ecclesia potest irritare clandestina et expedit irritare eadem. Ecclesia per Evaristum damnavit hujusmodi clandestina, tanquam adultera. Si igitur princeps sæcularis potest irritare contractus, a fortiori ecclesiasticus. »

Brugnatensis, II, p. 320 : « Forma decreti non placet; sed describatur a synodo modus, quo contrahendum est matrimonium, et ita tangemus contractum matrimonii non autem sacramentum. Dicatur ergo quod contractus matrimonii fiat coram parocho, alioquin sit nullum, et præterea adsint tres testes. »

Leriensis, II, p. 323 : « Contractus ex natura sua est ut subjaceat potestati reipublicæ, ergo contractus matrimonii subjacet potestati reipublicæ. Nam hujusmodi contractus, quamvis acquisiverit in republica rationem sacramenti, tamen non perdidit rationem contractus : tantum est hæc differentia, quod extra rempublicam christianam est sæcularis contractus; in Ecclesia autem christiana, ratione sacramenti, est ecclesiasticus contractus. »

Metensis, II, p. 324 : « Quoad decretum de clandestinis dixit quod ratio sacramentalis est perfectio matrimonii : ergo præsupponit matrimonium et ex consequenti, sicut principes sæculares possunt formam matrimonii immutare, a fortiori id potest Ecclesia. » — *Le même*, p. 355 : « Et contractuum formæ possunt mutari, quare matrimonii contractus in meliorem formam mutetur, et decernatur irritari consensus potius quam personas, quia utrumque Ecclesia potest facere. »

Montisfalisci, II, p. 324 : « Quoad decretum de clandestinis dixit Ecclesiam posse irritare clandestina, quia pars matrimonii humani est variabilis, sed forma decreti non placet, quia videtur implicare quod sit materia habilis et similiter forma, et non succedat sacramentum. »

Auriensis, II, 324 : « Ecclesia potest omnes contractus irritare et facere inhabiles ad contrahendum; ergo potest irritare clandestina; et dixit non tangitur sacramentum, sed contractum tantum et præintelligitur sacramentum (sacramento). »

Gebennensis, II, p. 325 : « Quoad decretum de clandestinis placet, et aptentur verba ut non sacramentum sed contractus irritetur. »

Cotronensis, II, p. 326 : « Quia Ecclesia non irritat sacramentum sed contractum. »

Legionensis, II, p. 326 : « Probavit quod irritatio clandestinorum matrimoniorum potest fieri ex ratione potestatis reipublicæ ad quam pertinet determinare quod expediens sit etiam contra voluntates particulares; a fortiori id potest Ecclesia in qua adest potestas supernaturalis. » — *Le même*, p. 358 : « Item dixit quod consensus intrinsecus in se præcedit tempore sacramentum, quia sacramentum requirit aliquid sensibile exterius. Ecclesia igitur, irritando consensum, non tangit sacramentum. »

Almeriensis, II, p. 326 : « Et quod, dum hujusmodi clandestina irritantur, non irritatur matrimonium postquam est sacramentum, sed antequam sit sacramentum, et quod melius sit irritare contractum clandestinum quam illegitimare personas, quia primo modo illegitimatio est magis universalis. »

Uxentinus, II, p. 327 : « Quoad decretum de clandestinis placet hujusmodi matrimonia omnino irritare propter magna inconvenientia, quæ ex eis proveniunt, neque ex hoc tangi aliquo pacto sacramentum. »

Civitatensis, II, p. 328 : « Præterea in matrimonio est contractus et sacramentum : et contractus ordine naturæ præcedit sacramentum, et sic possit irritari ab Ecclesia, quia forma sacramenti præsupponit contractum legitimum. » — *Le même*, II, p. 362 : « Dixit proculdubio Ecclesiam posse irritare hujusmodi matrimonia, personasque non posse esse proprie materiam sacramentorum; et ideo si Ecclesia illegitimat personas, nullo modo tangit materiam hujus sacramenti; nam in nullo alio sacramento personæ sunt materia. In concilio Florentino, quamvis in cæteris sacramentis assignata fuerit materia et forma, tamen in hoc sacramento nihil dictum est de materia et forma, neque etiam de ministro; sed dixit tantum consensum esse causam efficientem hujus sacramenti. Quapropter Ecclesia videtur habere potestatem super consensu, quia ibi est ratio contractus, qui est in potestate reipublicæ, et est præcedens sacramentum, cum sit causa efficiens, quæ præcedit effectum. Consensus enim dicitur præcedere matrimonium, sed qui sit legitimus. »

Namurcensis, II, p. 328 : « Nec est simile de baptismo et de matrimonio; nam baptismus est tantum sacramentum; sed matrimonium non solum est sacramentum, sed etiam contractus, et ex hoc est in potestate Ecclesiæ. » — *Le même*, p. 363 : « Matrimonium autem continet in se etiam consensum, qui subjacet reipublicæ et auctoritati Ecclesiæ; ex quo sequitur quod Ecclesia irritans hujusmodi consensum non tangit aliquo modo sacramentum. »

Gaditanus, II, 330 : « Quoad decretum de clandestinis dixit Ecclesiam posse irritare matrimonia, puta contracta et non consummata per ingressum religionis : ergo a fortiori potest irritare præambula sacramentorum, prout fieret in hujusmodi irritatione. »

Columbriensis, II, p. 330 : « Probavit quod potest magistratus sæcularis rescindere consensum intrinsecum ; ergo Ecclesia potest rescindere consensum intrinsecum, cum habeat potestatem super omnia ».

Lucensis, II, p. 331 : « Item contractus et sacramentum non solum distinguuntur ratione sed etiam realiter et tempore. Nam matrimonium per procuratorem est contractus sed non est sacramentum ; propterea ratio gratiæ seu sacramentalis non tollit id quod expedit reipublicæ, quia gratia perficit naturam ; ideo sacramentalis non tollit libertatem irritandi contractus matrimoniales, cum expedit. » — *Le même*, p. 365 : « Circa clandestina probavit Ecclesiam posse ea irritare, tam in quantum important contractum, quam ut important sacramentum... In quantum sacramentum potest irritari, quia hoc sacramentum præsupponit contractum et sequitur naturam contractuum. Unde, si contractus est verus, succedit sacramentum, alioquin non. Quare si Judei, antequam baptizentur, contraxissent in tertio gradu secundum legem eorum, facti postea christiani, Ecclesia non dissolveret eorum matrimonium, quia contractus eorum fuit licitus. Si autem contractus fuisset illicitus, quando contraxerunt, dum efficerentur christiani, dissolveretur ; quia sacramentum præsupponit contractum ; sed Ecclesia potest tollere contractum, ergo ex consequenti sacramentum matrimonii : hanc sententiam tenet Ostiensis, et s. Antoninus Florentinus, et conc. Coloniense ; nec est aliquis doctor alicujus nominis qui dicat contrarium. »

Monopolitanus, II, p. 332 : « Quoad decretum de clandestinis, dixit Ecclesiam proculdubio posse illegitimare hujusmodi matrimonia, non enim irritatur sacramentum sed contractus. »

Generalis Prædicat., II, p. 333 : « Dixit etiam quod contractus est in potestate reipublicæ ; quia placet ut irritentur omnia clandestina. »

Vaxiensis, II, p. 345 : « Dixit Ecclesiam posse irritare clandestina, quia prævenit contractus qui est in potestate Ecclesiæ ; nam S. Thomas ait, cum matrimonium sit verus contractus, subjacet legibus positivis, sicuti alii contractus. »

Justinopolitanus, II, p. 349 : « Dixitque tres testes necessarios

esse ad conficiendum contractum, qui præsupponitur in sacramento matrimonii. Item quando in matrimonio vir dicit : « Ego accipio te in meam », antequam mulier assentiat, non est forma sacramenti ; ergo pro illo tempore potest irritari consensus viri, seu prius loquentis, cum tunc non sit sacramentum. »

Segobiensis, II, p. 350 : « Tria sunt diversa, contractus matrimonii, matrimonium et sacramentum matrimonii. Item hoc sacramentum est peculiare, quia in eo materia est forma sacramenti hujus ; quapropter non potest dici quod irritatione clandestinorum destruatur quod est de essentia hujus sacramenti. »

Cauriensis, II, p. 352 : « Probavit quod id Ecclesia potest, quia matrimonium habet rationem contractus. Item quia in matrimonio est duplex vinculum naturale et supernaturale. Ecclesia habet potestatem super vinculo naturali, quod præsupponitur in vinculo supernaturali, quod importat rationem sacramenti. »

Aquitanensis, II, p. 354 : « Matrimonium magis subjacet determinationi Ecclesiæ quam baptismus, ratione contractus qui non solum subjacet determinationi Ecclesiæ sed consuetudini. »

Montismarani, II, p. 354 : « Quoad decretum de clandestinis dixit quod non est tutum in fide dicere Ecclesiam non posse irritare clandestina. Nam Ecclesia potest irritare contractum, in quo fundantur matrimonia ; idque fecit irritando contractum consanguinitatis, et hujus ratio est statutum Ecclesiæ. »

Ostunensis, II, 359 : « Respondit ad rationem eorum qui dixerunt id non posse ab Ecclesia fieri, cum Ecclesia non habet potestatem circa ea quæ sunt de essentia sacramenti, contractus autem est de essentia matrimonii, cum ponatur in defensione (definitione ?) ejus. Hoc dixit esse falsum quia in defensione (?) accidentis ponitur subjectum, quod est alterius generis. Unde quamvis contractus ponatur in defensione (?) sacramenti matrimonii, ponitur tanquam subjectum; et hoc etiam modo respondit ad id quod dicitur contractum se habere ut genus ad sacramentum. Nam sicut species præsupponit genus, ita matrimonium præsupponit contractum ; sed contractus est in potestate reipublicæ ; ergo est etiam in potestate Ecclesiæ. »

Urbevetanus, II, p. 366 [1] : « Prohibentur matrimonia in cognationibus, prohibentur et clandestina ; sed clandestina contracta te-

1. A la différence des précédents orateurs, ce prélat est opposé, pour des motifs d'intérêt général, à l'annulation des mariages clandestins.

nent; contracta autem in cognationibus non tenent. Hujusmodi diversitas est ex diversa causa, a qua sumitur ratio legis; sed in cognationibus causa est perpetua et æqualis; causa vero in clandestinis non est perpetua nec æqualis; et quod clandestinitas ex se non est contra rationem contractus nec contra rationem sacramenti »

Granatensis, II, p. 392 : « Deinde probavit quod potest esse matrimonium absque sacramento, etiam in baptizato, qui vult contrahere et non vult recipere sacramentum, quia non potest conferri invito. »

APPENDICE *B*

Extrait de l'ouvrage intitulé : *Summaria, brevis et compendiosa doctrina felicis expeditionis et abbreviationis guerrarum et litium regni Franciæ*, attribué à Pierre du Bois. — Bibliothèque nationale, manuscrits latins, 6222 *c*, f° 29 v° [1].

Si opponatur eis : « Ecce, per laqueos peccatorum quos tetendistis, tot pereunt quibus mortis occasionem dedistis; ob hoc pereunt tot, ut videtis, per dampnationes quas deferunt, alias non perituri » ; et, si dicatur : « Ostendatis salvatos et lucrifactos Domino contra Sathan per vestra statuta, alias non salvandos; apparentem et verisimilem redargutionem emitetis » ; docere non possunt unum solum per sua statuta [2] salvatum, alias non salvandum; [nec] posset poni unum exemplum. Apostolus dicit : « Unusquisque suam habeat uxorem propter fornicationem evitandam, sic caste vivendo » ; apostolus nullum ex(c)ipit, cum dicit « unusquisque » ; quia qui omnem dicit, sic dicendo nihil ex(c)ipit. Sancti Patres qui senes erant vel decrepiti, quibus [3] non erat forte difficile fornicacionem fugere et ab omni consorcio mulierum abstinere, dixerunt : « Perpetuam continentiam vovemus et statuimus omnes ad sacros ordines promovendos simile votum secuturos et servaturos sub pœna peccati mortalis » ; sacrorum ordinum recepcionem, adeptionem utentibus consorcio [suarum] [4] conjugum prohibuerunt, tales repulserunt. In veritate fornicatores, adulteros et incestuosos [silentes] verbisque se profitentes continentes, licet suis factis contrarium ostendentes, simulacionem et ypocrisim amplectantes non recusarunt nec recusant, ymo tales sciunt hodie prelati quod ipsi plerumque tales admittunt. Hodie videmus quod

1. Je dois la transcription de cette partie du manuscrit à l'obligeance de mon collègue et ami Marcel Fournier.
2. Le texte porte *statum* ; mais c'est une faute évidente.
3. Au lieu de *quibus*, le texte donne *plures*, qui n'a pas de sens.
4. A la place de *suarum* que j'ai rétabli, un mot manque dans le manuscrit.

omnes promoti continenciam vovent et predicant tenendam ; pauci tamen tenent et observant eamdem, ut sint et se doceant fore de illis, de quibus loquimur : « Dominus ait : super cathedram Moysi(s) sederunt scribe et pharize(i) ; que dicunt facite sed que faciunt facere nolite ; a fructibus enim eorum cognoscetis eos », id est, operibus eorum cognoscetis eos. Ait enim philosophus quincto moralium : « Qui bona docet et loquitur et contraria facit se falsum[1] doctorem probat et ostendit. » Summus enim doctor evangelice veritatis, qui omnia non solum preterita et presencia sed etiam futura sciebat, plus visus fuit reprobare ad licteram ypocrisim, hoc est simulacionem, quam cetera omnia peccata ; in quo persistens, apostolus dixit : « Unusquisque habeat[1] suam. » Publice et sine simulacione uxores habentur; concubine et adultere occulte consimulacione non habende. Hodie clerici longe pro majori parte simulant, profitentur et asserunt se totaliter continentes, et ipsi contrarium magis consuetudini quam emandacioni deputarunt, prout noverunt prudentes, experti in regimine (et) periculo regiminis animarum, quibus credendum est juxta illud : « experto crede magistro », sicut sunt hodie predicatores et minores, qui pre aliis mundi statum in diebus nostris cognoverunt. Prout enim docuit philosophus, prudencia agibilium [mundi] hujus in nobis adquiritur per experienciam sanctorum (factorum ?).

Experiencia vero longo indiget tempore. Idcirco, licet, ut dicunt, juvenes aliquando reperiantur sapientes in sciencialibus disciplinis, non tamen prudentes, quia prudencia adquiritur per experienciam : ex quibus sequitur veritas et declaracio alterius dicti philosophi, quo cavetur (ut) nemo legat juvenes duces, quia non constat eos prudentes, et loquitur ad licteram de ducibus bellorum, licet sit eadem racio in omnibus agibilibus hujus mundi. Quid plura de hoc scriberem ? Materia ista discurrenti per singula statuta et prohibitiones factas sub penis mortalia peccata incurrendi [seipsam] ostendit. Utinam sancti Patres cum magna sapiencia scripturarum, quam longuo tempore studendo adquisierunt, magnam [contra hoc] agibilium experienciam habuissent, quia forte occasionem perdicionis animarum statuere dubitassent, juxta consilium legis humane qua cavetur : « Tene cautum, dimicte incertum » ; et in alia lege scribitur : « In incertis locus est conjecturis et presumptionibus », considerando, circa futura que

1. Le texte porte *filium*.
2. Le texte porte *hanc*.

nobis sunt incerta, ea que verisimile est et probabile evenire debere, causam presumptionis assumendo ex hoc quod fieri et contingere consueverit. Adque considerando multum movit id quod ait philosophus, dicens: « Longe magis in agibilibus humanis proficere videmus habentes sine arte experienciam, quam sine experiencia nocionem. »

TABLE DES MATIÈRES DU SECOND VOLUME

DEUXIÈME PARTIE (*suite*)

LE DROIT DU MARIAGE JUSQU'AU CONCILE DE TRENTE

TITRE TROISIÈME

Les effets du mariage et la séparation des époux. Les secondes noces; le concubinat.

CHAPITRE I. — *Les effets du mariage* . . . . . p. 3

Section première : *Les effets du mariage quant aux époux.* — I. L'égalité entre les époux; l'autorité du mari, p. 4. — II. L'obligation au devoir conjugal, p. 8. — III. La *vindicatio* et la *restitutio* des époux, p. 13. — IV. Le vœu de continence, p. 21; le vœu simple, p. 22; l'entrée en religion, p. 25.

Section deuxième : *Les effets du mariage quant aux enfants.* — I. La filiation légitime, p. 29; la preuve du mariage, p. 30; de la maternité, p. 30; de la paternité, p. 31. — II. Le mariage putatif, p. 33. — III. La légitimation des enfants naturels, p. 37.

CHAPITRE II. — *Le divorce et la séparation des époux* . . . . p. 45

L'évolution de la législation ecclésiastique sur le divorce, p. 45. — I. Les textes évangéliques et apostoliques, p. 48; l'interprétation des Pères de l'Église, p. 49. — II. La législation ancienne des conciles, p. 55; et des décrétales, p. 59. — III. Les *libri pœnitentiales*, p. 60; et les capitulaires des rois francs, p. 70. — IV. L'indissolubilité absolue; Hincmar de Reims, Yves de Chartres, p. 71. — V. La doctrine de Gratien, p. 73; et de Pierre Lombard, p. 76. — VI. Les décrétales du XII^e^ siècle, p. 79; les dernières traces du divorce, p. 80; l'Église d'Orient, p. 83. — VII. La conception nouvelle du *divortium*, p. 85. — VIII. Le *divortium quoad torum*, son caractère, p. 89; ses causes, p. 90. — IX. Les effets du *divortium quoad torum*, p. 95.

Chapitre III. — *Les secondes noces; le concubinat*. . . . . p. 99.

I. Les secondes noces, p. 100; la bigamie quant aux ordres, p. 101; le refus de la bénédiction nuptiale, p. 102. — II. Le concubinat, p. 104; le *concubinatus* romain et l'Église, p. 109.

TROISIÈME PARTIE

LE DROIT DU MARIAGE DEPUIS LE CONCILE DE TRENTE

Chapitre I. — *Les critiques de la théorie du mariage aux* XV^e^ *et* XVI^e^ *siècles*. . . . . p. 121

I. Le sacrement de mariage, p. 122. — II. Les mariages clandestins, p. 127; les empêchements résultant de la *cognatio*, p. 130; le célibat des prêtres, p. 130.

Chapitre II. — *Le concile de Trente; ses travaux en ce qui concerne le mariage* . . . . . p. 137

I. La tenue du concile, p. 137. — II. Le fonctionnement du concile, p. 141. — III. La question du mariage devant le concile, p. 143. — IV. Les canons et les décrets, p. 147; la Congrégation des cardinaux interprètes du concile de Trente, p. 148.

Chapitre III. — *Les décisions du concile de Trente sur la nature et les formes du mariage*. . . . . p. 151

Section première : *Le sacrement de mariage*, p. 151.

Section deuxième : *Les formes et la preuve du mariage*. — I. Les mariages clandestins et le mariage des fils de famille, le premier projet, p. 155; les objections et les conciliations, p. 156. — II. Modifications successivement apportées au projet, p. 165; les résolutions définitives, p. 168. — III. La publication des bans, p. 170, et autres formalités préalables à la célébration, p. 176. — IV. La célébration du mariage, p. 177; la détermination du *proprius parochus*, p. 178. — V. Le rôle du *parochus* dans la célébration, p. 181; le pouvoir de délégation, p. 183; les *vagi*, p. 185. — VI. Les témoins, p. 186. — VII. La preuve du mariage, p. 188. — VIII. La publication du décret *De clandestinis*, p. 189; son application quant aux personnes et quant aux lieux, p. 192. — IX. La réglementation postérieure; le *liber status*, p. 196; la constitution de Benoît XIV sur les mariages secrets, p. 198. — X. La réglementation du concile de Trente et l'ancien droit français, p. 201.

Chapitre iv. — *Les répercussions du décret* De clandestinis *dans la théorie du mariage* . . . . . p. 209

I. La disparition des *matrimonia præsumpta*, p. 210. — II. Les mariages entre absents, p. 212. — III. Le mariage conditionnel, p. 216. — IV. Le *dissensus*, p. 218. — V. La ratification des mariages nuls, p. 221. — VI. Les effets possibles des mariages clandestins, p. 223. — VII. Les mariages mixtes, p. 224.

Chapitre v. — *La théorie des anciens empêchements ; les actions en nullité* . . . . . p. 240

Section première : *Les empêchements dirimants visés par le concile de Trente.* — I. *L'impedimentum voti et ordinis*, p. 240. — II. Le *raptus*, p. 250 ; les mariages contractés par ordre des puissances temporelles, p. 255. — III. Les empêchements fondés sur la parenté et sur l'alliance, p. 258 ; la *consanguinitas*, p. 259 ; la *cognatio spiritualis*, p. 261 ; l'*affinitas ex copula illicita*, p. 262 ; la *justitia publicæ honestatis*, p. 263.

Section deuxième : *Les empêchements dirimants non visés par le concile de Trente*, p. 266. — I. Le *dispar cultus*, p. 267. — II. L'impuissance ; la constitution de Sixte-Quint, p. 273. — III. La preuve par le congrès, p. 275. — IV. La jurisprudence moderne sur l'impuissance, p. 284.

Section troisième : *Les empêchements prohibitifs*, p. 286. — Le *tempus feriarum*, p. 287 ; les autres empêchements prohibitifs, p. 288.

Section quatrième : *Les actions en nullité*, p. 290. — La compétence exclusive de l'évêque, p. 290 ; la constitution de Benoît XIV, p. 291 ; le *defensor matrimonii*, p. 292 ; la nécessité de deux jugements conformes, p. 293.

Chapitre vi. — *Le divorce et la séparation de corps ; le concubinat*, p. 295

I. Le divorce pour cause d'adultère devant le concile de Trente, p. 296. — II. Les autres causes de divorce, p. 305. — III. Le *divortium quoad torum*, p. 308. — IV. Le concubinat, p. 310.

Chapitre vii. — *Les dispenses des empêchements* . . . . . p. 314

I. La théorie de la *dispensatio* en général, p. 316 ; son évolution, p. 317. — II. Les règles qui admettent la *dispensatio*, p. 324. — III. Les dispenses de mariage ; qui peut les accorder ? p. 330. — IV. La dispense des divers empêchements, p. 334. — V. Les effets des dispenses, p. 352 ; la *sanatio matrimonii in radice*, p. 354.

Appendice A. . . . . p. 369.
Appendice B. . . . . p. 376.

TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES

CONTENUES DANS LES DEUX VOLUMES

(*Les chiffres romains indiquent le volume et les chiffres arabes la page*)

A

Absence, II, 77, 125, 296, 306.

Accusatio, I, 403-410, 412, 414, 422.

Action en nullité de mariage, I, 39-40, 113 et suiv., 253, 258-259, 403-421 ; II, 274-275, 286, 291-294.

Action possessoire, II, 13-21, 27.

Adjudicatio in maritum aut sponsum, I, 140, 184 ; II, 20.

Adultère, I, 102-103, 111, 384-390 ; II, 5, 19, 29, 32, 41, 61-62, 66, 90 et suiv., 125, 296 et suiv.

Affinitas, I, 87, 109, 113, 146, 374-383, 406 ; II ; 260-261, 348 et suiv., — *ex copula illicita*, I, 260, 380-381 ; II, 349 ; — *superveniens*, I, 111, 133, 382 et suiv. ; II, 67, 75-76.

Ancien droit français, I, 33 et suiv., 82, 310, 409, 419, 424 et suiv. ; II, 164-165, 169, 174-175, 201-207, 253, 257-258, 278-284, 313-314.

Anneau nuptial, I, 196-198.

Appel, I, 417-418 ; II, 293 ; — comme d'abus, I, 37, 39, 42, 409, 417 ; II, 278 note 2, 281 note 2, 282-283.

Arctatio mulieris, I, 248-249, 253, 255, 265 ; II, 75.

Assises de Jérusalem. II, 82, 257.

Aveu (des époux), I, 190, 256, 420 ; II, 220.

B

Bénédiction nuptiale, I, 106-108, 113-114, 179 ; II, 101 et suiv., 159, 167, 176.

Benedictus Levita, I, 24, 98, 235, 349.

Benoit XIV, I, 83 ; II, 198 et suiv., 231 et suiv., 267, 291 et suiv., 363.

Bigamie, I, 110, 123 ; II, 101, 112, 293.

C

Capitulaires, I, 11-12, 15-17, 22, 24, 106, 155, 179, 206, 250, 272, 347, 401 ; II, 64 et suiv., 70.

Captivité (d'un des époux), II, 46, 77.

Casus apostoli (*Privilegium Paulinum*, *contumelia Creatoris*), I, 220-232 ; II, 268 et suiv., 307.

Causes matrimoniales (Procédure des), I, 421 ; II, 278 et suiv., 291 et suiv.

Célébration du mariage *in facie Ecclesiæ*, I, 179 et suiv., 309 ; II, 16, 34, 159, 188, 202, 288.

Célibat des prêtres, I, 282-300 ; II, 122-123, 130-135, 376.

Chose jugée, I, 266 et suiv., 416-420 ; II, 293.

Clerici in minoribus constituti, I, 300-301 ; II, 101, 247.

Cognatio legalis, I, 87, 357-362, 406 ; II, 260, 348.

Cognatio spiritualis, I, 87, 362-374, 406 ; II, 261-262, 289-290, 347.

Cohabitation, I, 310 ; II, 5-6, 10, 88. Voyez *Casus apostoli* et Action possessoire.

Cohabitation triennale, I, 252, 258-259, 262 ; II, 284-285.

Cojurantes, I, 251, 254-257, 259, 261 ; II, 279, 284-285.

Compétence (quant aux causes matrimoniales), I, 9, 12, 17 et suiv., 25-31, 33 et suiv., 73 et suiv., 404, 408 ; II, 312.

Conciles : — d'Agde (a. 506), I, 204, 239 ; II, 57 ; — d'Ancyre (a. 314), I, 284 ; — d'Angers (a. 453), II, 57 ; — d'Arles (a. 314), I, 191, 287 ; II, 56 ; — de Bâle (a. 1432-1442), II, 116, 122, 134 ; — de Braga (a. 572), I, 207 ; — de Carthage (a. 407), I, 8 ; II, 56 ; — de Châlon (a. 813), I, 319 ; — de Clermont (a. 535), I, 340 ; — de Compiègne (a. 757), I, 235, 250, 257, 325, 347, 351 ; II, 26, 66 et suiv. ; — de Constance (a. 1414-1418), II, 122, 134 ; — de Constantinople, *In Trullo* (a. 692), I, 274, 285, 368 ; II, 58 ; — d'Elvire (a. 306 ?) I, 287 ; II, 55. — d'Epaon (a. 517), I, 204, 206, 339 ; — de Florence (a. 1438), II, 126 ; — de Frioul (a. 796), II, 58 ; — de Gangres (a. 350), I, 284 ; — de Hereford (a. 673), II, 57 ; — de Latran I (a. 1123), I, 278 ; de Latran II (a. 1139), I, 274, 297, 415 ; de Latran IV (1215), I, 90, 180, 355, 384 ; II, 130, 170 ; — de Laodicée (a. 343-381), I, 284 ; — de Leptine (a. 743), I, 235 ; — de Mayence (a. 813), I, 349 ; — de Meaux (a. 845), I, 386 ; II, 58 : — de Nantes (a. 658), II, 57 ; de Nantes (a. 895), II, 58 ; — de Néocésarée (a. 314-325), I, 284 ; — de Nicée (a. 325), I, 285 ; — d'Orléans I (a. 511), I, 204, 273 ; d'Orléans II (a. 533), II, 57 ; d'Orléans III (a. 538), II, 110, 319 ; d'Orléans IV (a. 541), I, 318 ; II, 256 ; — de Paris III (a. 556), I, 401 ; II, 58 ; de Paris (a. 829), I, 401 ; II, 58 ; — de Pise (a. 1409), II, 122 ; — de Rome (a. 721), I, 340 ; de Rome (a. 1049), I, 292 ; — de Rome (a. 1059), I,

89 ; de Rome (a. 1073), I, 239 ; — de Reims (a. 1119), I, 297 ; — de Soissons (a. 744), II, 58 ; — de Tolède I, (a. 400), II, 109 ; de Tolède II (a. 527), I, 340 ; de Tolède XII (a. 681), II, 58 ; — de Tours II (a. 567), I, 204, 274 ; — de Touzy (a. 860), I, 378 ; — de Tribur (a. 895), I, 22, 146, 272, 294, II, 59 ; — de Verberie (a. 758 ?) I, 235, 250, 289, 319, 320, 325, 347, 382, 385 ; II, 27, 66 et suiv., 79, 93 ; — de Worms (a. 868), I, 350.

Concile de Trente, I, 30, 59, 72, 81, 87; II, 137-224, 240-266, 286-291, 295-314, 319, 333, 347, 353.

Concubine, concubinat, I, 208-210; II, 31, 38, 40, 104-116, 310-314.

Condition (apposée au mariage ou aux fiançailles), I, 145, 148, 171-178, 313; II, 216-218.

Confession (des époux avant le mariage), II, 176.

Confirmation (ratification) des mariages nuls, I, 303, 309, 333; II, 221-223.

Congrégation du Concile de Trente, I, 60; II, 148 et suiv., 171, 174, 182, 218, 220, 222-223, 231, 260, 264-265, 270, 285, 332, 340, 351, 367.

Congrès (preuve de l'impuissance), II, 275-284.

Consentement des époux, I, 97, 119, 128, 143, 166 et suiv., 175, 189, 302; II, 44, 212, 218-220, 249, 343, 360 et suiv.

Consentement des parents (au mariage ou aux fiançailles), I, 153-163; II, 155, 163 et suiv., 167-170.

Consanguinitas, I, 87 et suiv., 101, 196, 226, 335-356, 406, 409; II, 20, 258-260, 344 et suiv.

Constitutio Ecclesiæ (*jus pontificium*), I, 77, 132, 227, 277, 299; II, 122, 133, 244, 322, 325, 334, 337-338, 347, 350, 359.

Constitutions apostoliques, I, 284; II, 111.

Continence, voyez Virginité.

Contrat de mariage, I, 78 et suiv.; II, 159-160, 369-375.

Copula carnalis, I, 66, 71, 83-85, 97, 99, 109, 124, 131, 142, 175, 184, 192, 213, 237, 238, 310, 375, 377, 420; II, 11, 17, 18, 20, 23, 29, 125, 160, 210, 216, 217, 220, 221, 264, 335.

Coutumes germaniques, I, 98, 103, 153-154, 233-234, 319, 344 et suiv.; II, 47.

Crimen (*crimina*), I, 384-390, 398-402, 406; II, 65-66, 290, 306, 350.

D

Debitum conjugale, I, 84, 110; II, 4, 8-28, 95.

Declaratio legis, II, 317.

Décrétales des papes, I, 89, 98, 99, 113, 119, 122, 126-128, 133, 146, 150, 151, 167, 170, 192, 201, 206, 212-213, 219, 226, 229, 231, 234, 237, 239, 253, 254, 265, 271, 273, 274, 278, 279, 288, 290, 297, 299, 300, 304, 318, 321, 323-325, 330, 341, 346, 353, 357, 363, 365, 369, 372-374, 390, 397,

402, 408, 414, 421 ; II, 13, 20, 26, 27, 34, 59, 80-82, 112, 196, 267 et suiv., 273, 291, 338, 345, 355.

Deductio in domum mariti, I, 113, 114, 170; II, 211, note 3.

Defensor matrimonii, I, 421; II, 292-294.

Délégation (Pouvoir de), II, 183-184, 202.

Denunciatio, I, 4, 411, 412, 422 et suiv.

Diacre, I, 287, 293.

Dispar cultus, I, 216-232, 406; II, 125, 225, 267-273, 306, 307, 336.

Dispensatio (en général), II, 316-330.

Dispenses (de mariage), I, 90, 174, 243, 267; II, 171-172, 227, 257, 285, 315-319, 331-368.

Dissensus, I, 302-309; II, 161, 218-220, 343.

Divorce, I, 7, 12, 111, 220-224, 228, 233; II, 13, 45-84, 123, 125, 268 et suiv., 281, 295-308.

Divortium quoad torum, voyez Séparation de corps.

Dol, I, 310; II, 28, 161, 183, 253.

Domicile, II, 5-6, 171, 178 et suiv., 192-193, 202.

Dot (*dotatio, donatio propter nuptias*), I, 99, 103, 185-186, 194, 233; II, 43, 250, 252.

Droit divin, I, 131, 227, 299; II, 243, 269, 298, 305, 325, 328-329, 334, 337, 340, 342, 346 et suiv., 359.

Droit naturel, I, 67 et suiv. ; II, 164, 269, 325, 329, 334, 337, 343 et suiv., 349-350.

Droit romain, I, 6, 7, 75, 103, 128, 142, 153, 156, 169, 172, 212, 214, 217, 232-233, 252, 272, 287-288, 310, 314, 318, 320, 322, 328, 336-337, 339, 341, 343, 353-354, 357-362, 365, 374, 384, 391, 404, 407, 414; II, 14, 25, 30, 37-40, 44, 46, 100, 105-109, 113, 115, 256, 267.

E

École de Bologne, I, 57, 116 et suiv., 125, 129.

Égalité entre les époux, I, 91, 202, 257; II, 4-8, 300.

Église gallicane, I, 33-45, 81, 125, 129, 207, 208, 238-239; II, 36, 305, 332-333.

Église orientale, I, 27, 135 et suiv., 161, 207, 218, 283, 285-289, 301, 343; II, 26, 33, 40, 83, 242, 247, 299 et suiv.

Église romaine, I, 125, 238 et suiv.

Empêchements dirimants (en général), I, 75 et suiv., 204, 205-210; II, 240.

Empêchements prohibitifs (en général), I, 204, 208, 210, 393-402; II, 224-225, 288 et suiv., 350 et suiv.

Enfants (puissance paternelle), I, 153 et suiv.; II, 29, 163, 165, 167, 199, 228.

Enfants illégitimes, I, 107, 356; II, 37 et suiv., 359 et suiv.
Entrée en religion (d'un des époux), I, 110, 123, 130; II, 25-29, 62, 65, 307.
Erreur, I, 311; *error fortunæ*, I, 312; *error qualitatis*, I, 312, 331; *error personæ*, I, 313-317; II, 343; *error conditionis*, I, 322-335; II, 68, 78, 344.
Esclaves, I, 160, 317-322; II, 43, 63, 68.
Évangiles, II, 48-49.
Évêque, I, 282, 284, 286, 290-291, 300; II, 163, 165, 167, 171-172, 202, 260, 291, 311, 319, 323, 324, 331 et suiv.
Excommunié, I, 219; II, 21, 311, 313.

F

Faveur du mariage, I, 85 et suiv., 175-176, 260; II, 188, 212 et suiv.
Fiançailles (*desponsatio*), I, 43, 99, 102, 106, 111, 121, 122, 136, 139-166, 392; II, 130, 165-166, 264 et suiv.
Filiation légitime, II, 29-32.
Folie, I, 302.
Formes, formalisme (pour le mariage et les fiançailles), I, 119 note 1, 149, 167, 185, 196; II, 154 et suiv., 177-190, 201 et suiv., 219, 220, 353.
Fornicatio, I, 104, 114, 208-210, 308, 313; *fornicatio spiritualis*, II, 92, 95, 263.
Forum internum, I, 84, 144, 304-306, 414; II, 9, 77, 127-128, 222.
Frigiditas, I, 242, 246, 256, 265; II, 87, 277, 285.

G

Gratien, I, 56-57, 109-116, 129, 134, 147, 155-157, 162, 178, 208, 216, 221, 224, 237, 255, 274, 275, 311 et suiv., 321, 385, 388, 392, 416; II, 24, 35, 73-76, 78, 87, 90, 92, 113, 325.

H

Hérétiques, I, 218, 231; II, 80, 225 et suiv., 241, 268, 311.
Hincmar de Reims, I, 17, 18, 66, 100, 107, 146, 208, 235, 237, 243, 265, 378, 391; II, 56, 67, 71, 113.

I

Impubères, I, 118, 159 et suiv., 212-216, 241; II, 335.
Impuissance, I, 101, 110, 114, 232-267; II, 12, 65, 78, 273-286.
Incapacités, I, 211-302; II, 162, 165-166, 189, 192, 214, 224, 335.

Indissolubilité (du lien conjugal), I, 64, 69, 116-118, 131, 220-224, 238, 241, 326; II, 13, 268 et suiv., 296, 306-307.
Infidèles, I, 66, 68, 69, 216-238; II, 80, 193-194, 268 et suiv.
Inquisitio, I, 405, 412; — *hæreticæ pravitatis*, II, 311, 313.
Interdictum Ecclesiæ, I, 77, 247, 394-397, 423, 425; II, 293.

J

Judicia Dei, I, 250, 255.
Juridiction disciplinaire de l'Église, I, 4, 13 et suiv., 25, 404 et suiv.; II, 318.

L

Leges barbarorum, I, 10, 12, 19, 21 et suiv., 103, 272, 288, 324, 342, 343, 345, 365; II, 70, 256.
Législation séculière sur le mariage, I, 29, 32 et suiv., 44, 289; II, 124, 197, 228, 230, 253; — Angleterre, I, 49; II, 189; — Autriche, I, 45, 49; — Allemagne, I, 48, 49; — Belgique, I, 48, 49; — Espagne, I, 50-52; II, 200 note 4; — Hollande, Italie, I, 48, 49; — Roumanie, I, 53; — Pays scandinaves, I, 49.
Légitimation (des enfants naturels), II, 37-44; 355 et suiv.
Léon XIII, I, 72, 74; II, 307.
Lèpre, II, 12-13, 65, 82.
Liber practicus de consuetudine Remensi, I, 97, 169, 419.
Liber status, II, 196-198.
Libri pœnitentiales, voyez *Pœnitentiales*.
Ligamen, I, 267-269, 406; II, 337.
Loi juive, I, 104, 109, 217, 267, 336, 375; II, 47, 257, 267, 336, 344, 348.

M

Maladie, II, 12, 59, 82.
Maléfice, I, 87, 243-246, 252, 265; II, 284-285.
Mariage civil, I, 32, 44 et suiv.; II, 124, 197, 228, 230, 358.
Mariages clandestins, I, 178-187; II, 34, 127-130, 155-163, 165-170, 190-191, 199-200, 223-224, 266, 343.
Mariage entre absents (par procureur, par lettre), I, 169 et suiv.; II, 212-215.
Mariage *in extremis*, I, 177; II, 195.
Mariages mixtes, II, 225-237, 268.
Mariage putatif, I, 182 et suiv., II, 33-37, 44

Mariage secret, II, 198-200, 206.
Maternité, I, 92 ; II, 30.
Matrimonium consummatun ou *non consummatum*, I, 116, 118, 120, 125, 132, 134, 243 ; II, 175, 286, 307, 309, 338 et suiv.
Matrimonium initiatum, I, 112, 116, 118, 125, 130, 134, 147 ; II, 69.
Matrimonium legitimum (*verum*) I, 222, 228 ; II, 269 et suiv., 345.
Matrimonium præsumptum, I, 85, 87, 142 et suiv. ; II, 130,160, 210-212.
Matrimonium ratum, I, 112, 116, 222, 228.
Meurtre de l'époux (par son conjoint), I, 21, 385 et suiv., 399; II. 65, 69, 290 note 1.
Mort (de l'un des époux), I, 268 ; II, 66.
Mort civile, I, 269.

O

Officium judicis, II, 9, 18.
Opposition au (mariage), I, 39, 424-427.
Ordo sacer, I, 282, 287, 289, 296-300, 406 ; II, 240-249, 340 et suiv.

P

Parochus, voyez Propre curé.
Pénalités (pénitences), I, 182, 275, 289, 295, 400 ; II, 155, 293, 312.
Petri exceptiones legum Romanarum, I, 122 note 4, 296 note 2, 351 ; II, 34.
Pierre Lombard, I, 56, 57, 119-124, 147, 158, 168, 178, 216, 221, 224, 275, 311 et suiv., 321, 329, 385 ; II, 24, 34-35, 76-79, 87, 92, 126.
Pœnitentiales (*libri*), I, 28, 55, 154-155, 157, 223, 234, 250, 319, 326, 347, 401 ; II, 9, 60-64, 113.
Polyandrie, I, 71, 227.
Polygamie, I, 71, 267 ; II, 154, 269 et suiv.
Possession d'état (*tractatus*, *nominatio*, *fama*), I, 198-201 ; II, 30, 32.
Prescription, I, 258, 413-415.
Présomption de paternité, II, 30, 31.
Présomption (en général), II, 161, 191.
Prêtres mariés, I, 286, 289, 300.
Preuve : de la *copula carnalis*, I, 192, 201, 420 ; — des empêchements, I, 423 ; — des fiançailles, I, 193, 201 ; — de l'impuissance, I, 250-265 ; II, 275 et suiv. ; — du mariage, I, 189-202, 306 ; II, 30, 188-189, 202-207.
Preuve écrite du mariage (preuve par les registres des mariages), I, 193-195; II, 188-189, 199-200, 202-206.
Privilegium fori et canonis, II, 101.

Promoteur, I, 409.
Promulgation du décret *De Clandestinis*, II, 190-195, 226.
Propre curé (*parochus*), II, 166, 170-171, 177-181, 194-195, 202, 212-213, 215, 217, 222, 227, 289.
Prostituée I, 108-210, 313.
Protestants, I, 32, 44; II, 122 et suiv., 134-135, 158, 230-237, 267-268, 295-296, 305-306, 308.
Pseudo-Isidore, I, 24, 98, 377.
Publica honestas (*publicæ honestatis justitia*), I, 145, 152, 211, 406; II, 263-266, 350.
Publications (bans) de mariage, I, 180, 408; II, 170-176.
Puissance maritale, II, 4 et suiv., 66.

R

Rapt, I, 391-393, 400; II, 169, 250-255.
Reconciliatio (*reassociatio*) des époux, II, 86, 91, 96-98, 310.
Regino (de Prüm), I, 13, 25, 411.
Registre de l'officialité de l'abbaye de Cerisy, I, 35, 96, 141, 145, 149, note 4, 181, 411, 425-426; II, 7, 9, 96, 314.
Religieux (*professio religiosa*, moines), I, 273, 277, 279-281, 400.

S

Sacrement de mariage, I, 64-83, 86, 120-121, 160, 167; II, 123-127, 151-154, 157, 159, 182, 368-375.
Sanatio matrimonii in radice, II, 354-368.
Saint Augustin, I, 65, 89, 99, 217, 221, 223, 271, 337, 375; II, 35, 51, et suiv., 67, 90, 109, 112.
Saint Paul, I, 5, 86, 91, 216, 220, 282, 321; II, 4, 14, 48.
Saint Thomas d'Aquin, I, 67, 79, 148, 160 note 2, 167; II, 126, 320-321, 327.
Seconds mariages, I, 107, 267; II, 99-104.
Séparation de corps (*divortium quoad torum*), I, 41, 185, 301, 406; II, 61, 73, 85-98, 308-310.
Serfs, I, 322, 334,
Serment (*fides data*), I, 103, 119 note 1, 140, 164, 389.
Servitus (*mutua*), II, 14 et suiv., 21 et suiv., 25, 95, 98.
Sévices, II, 7, 19, 93 et suiv., 96, 296.
Solennités, voyez Formes, Célébration *in facie Ecclesiæ*.
Sous-diacre, I, 287-289, 293, 297-298.
Sponsalia per verba de futuro, I, 98, 115, 122-124, 126-127, 133-134, 139-

156, 159, 171, 173, 182, 184, 192, 197, 215, 220, 276, 389 et suiv., 422; II, 17-18, 75, 210, 216, 223-224, 263, 350-352 ; voyez Fiançailles.

Sponsalia per verba de præsenti, I, 96, 97, 115, 122-124, 126-127, 131, 147, 159, 166-187, 196, 197, 215, 276, 304-305; II, 17, 36, 218.

Stérilité, I, 249.

Syllabus de Pie IX, I, 72, 74; II, 307.

Synodales causæ, I, 15, 411.

T

Témoins, I, 193, 195-198, 254, 268, 304, 409; II, 8, 165, 182, 186-188, 201 et suiv., 220, 222.

Tempus feriarum (*tempus clausum*), I, 396-398; II, 286-288.

Transaction, I, 419.

U

Unitas carnis, I, 88, 99, 113, 365, 371, 375; II, 26, 103.

V

Vagi, II, 180, 185.

Vassallus, vassales, II, 69, 257.

Veufs, veuves, I, 107, 110, 123, 133, 270, 401-402; II, 99-101; — veuve d'un prêtre ou d'un diacre, I, 206; voyez Seconds mariages, Mort.

Vieillards, I, 241.

Violence (*metus*), I, 309; II, 10, 28, 161, 183, 252-254, 343.

Virgines (ou *viduæ*) *sacræ*, *Deo dicatæ*, *velatæ*, I, 270, 275, 278.

Virginité (continence), I, 270, 283; II, 22 et suiv., 124, 154.

Visite corporelle, I, 214, 253-254, 256-257 ; II, 280 et suiv. ; voyez, Impuissance, Impubères.

Votum castitatis, I, 271-282; — *votum simplex*, I, 275; II, 22-25; — *solemne*, I, 273, 275, 277; II, 340 et suiv. ; — *tacitum*, I, 298; II, 240 et suiv., 245-256; — vœux de la femme, II, 5 et suiv.

Y

Yves de Chartres, I, 68, 76 et suiv., 104, 108, 147, 150 et suiv., 155, 162, 205, 209, 212, 219, 226, 296, 326 et suiv., 354, 385, 388; II, 71-72, 92, 319.

ANGERS, IMP. BURDIN ET C^ie^, RUE GARNIER, 4.

29653

348.
417
ES53
v.2

Le mariage en droit
Canonique / A. Esmein

29653

GRADUATE THEOLOGICAL UNION LIBRARY
BERKELEY, CA 94709